الضمانات غير المسماه

في

القانون الخاص

في نطاق قانون الإلتزامات

في نطاق قانون الأموال

دراسة مقارنة

(هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية ١٩٩٣)

الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة

دكتور

نبيل ابراهيم سعد

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

والمحامي بالنقض

2006

الضمانات غير المسماه

• بسم الله الرحمن الرحيم •

« وفوق كل ذي علم عليم »

صدق الله العظيم



مقدمـــة

١ - الحاجة العصرية للضمان وقصور نظم التأمينات:

إن خلق ثروات جديدة يستتبع بالحتم ظهور أدوات جديدة للإئتمان. وقد أدى تزايد أهمية الائتمان فى العصر الحديث وإتساع نطاقه إلى الإقبال المتزايد على الضمانات. فقيام مؤسسات الإئتمان، كالبنوك والمؤسسات المالية الأخرى، بتوزيع الإئتمان على قطاعات الانتاج والتوزيع والاستهلاك أدى إلى إزدياد الحاجة إلى الضمانات. كما أنه على مستوى الائتمان الفردى فكلما كان الدائن متأكداً من حصوله على حقه كلما تساهل فى منح إئتمانه للمدين.

فالضمانات لها تأثير حاسم على حجم ومدة وتكلفة الائتمان[١]. وقد كشفت الحياة العملية أن بعض التأمينات التقليدية قد أدت إلى زيادة تكلفة الائتمان، نتيجة إشتراط الرسمية أو إتخاذ اجراءات الشهر والعلانية، كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات العينية، أو نتيجة إشتراط الضامن لمقابل للمخاطر التى يتحملها، كما هو الشأن بالنسبة لتأمينات الشخصية، علاوة على ذلك فإن بعض التأمينات قد يؤدى الى عرقلة تداول الأموال، فمثلا يصعب بيع عقارمرهون رهنا رسميا، أو منقول مرهون رهنا حيازيا. وفى النهاية نجد أن بلوغ هذه التأمينات لغايتها غالبا ما يستغرق كثيرا من الوقت والنفقات، نتيجة لاجراءات الحجز والتنفيذ والبيع بالمزاد.

ولذلك نجد أن للعوامل الاقتصادية تأثير واضح فى تطور الضمانات بصفة عامة والتأمينات بصفة خاصة. فكل الدائنيين ليس لديهم الحاجة إلى

(1) L. Aynès, Les garanties du financement, Rapport de Synthèse présente au 82e congrès des notaires, 1985, Defrénois 1986 - a 33779 , no.1 , p.910.

نفس الضمانات، كما أن كل المدينين لا يستطيعون تقديم نفس الضمانات[1].

فبالنسبة للدائنين: تحتل البنوك والمؤسسات المالية مكان الصدارة فى منح الائتمان، ويأتى الموردون فى المرتبة الثانية:

- فبالنسبة للبنوك، فهى تلجأ فى الغالب إلى الحصول على حق عينى[2] يسمح لها باسترجاع أصولها بأسهل وأسرع طريقة ممكنة. كما أنها فى أداء وظيفتها تكون اكثر ارتباطا بالتأمينات الشخصية، كالكفالة، أو التأمينات العينية الواردة على حق شخصى، كالرهن الحيازى للديون، أو أى شكل لتعهد المسئول عن المؤسسة كخطابات النوايا والثقة Les lettres d'intention et les lettres de confort أما فى علاقتهم الخاصة بالأفراد فان البنك يلجأ إلى التأمينات العينية العقارية المقترنة دائما بتأمين على الحياة أو بتأمين ضد العجز.

- أما بالنسبة للموردين - فان أهم ما يشغلهم هوالحصول على حق عينى على الاشياء محل البيع، كالاحتفاظ بالمكية، أو رهن الأدوات والالات، حتى يتيسر لهم الحصول على حقوقهم بطريقة سهلة وميسرة.

وكما هو واضح فان الضمان يكون أكثر فعالية ويسر كلما كان هناك إرتباط بين الدين المضمون والمال الضامن وهذا أحد المفاتيح الرئيسية للتطور المعاصر للضمانات، وهذا مايفسر ايضا كثرة التجاء الدائنين الى الشروط التعاقدية فى الوقت الحاضر.

(1) Ph. Malaurie , L. Aynès, Droit civil, les Sûretés, Droit du crédit, 2e édit, 1988, éd. cujas, no. 15, p.16.

(٢) ومع ذلك تلجأ المؤسسات المالية الى الايجار الائتمانى Crédit - bail، والذى يشكل نوعا من الائتمان العينى، ولكن إحتفاظها بالملكية يقترن بصفة عامة بوعد بالشراء من جانب المورد أنظر

Ph. Malaurie , L. Aynès, op.cit., note 26 p.16.

أما بالنسبة للمدينين: نجد أن مركز المستهلك ليس هو نفس مركز المهنى.

– فبالنسبة للمستهلك فإن دخله من العمل يشكل فى الأعم الأغلب من الحالات المورد الرئيسى. ولذلك غالبا مايلجأ إلى تخصيص الأجر كوسيلة للضمان، كحوالة الأجر على سبيل الضمان، أو الاتفاق على تعيين محل الوفاء. فى الغالب فإن المستهلك يلجأ إلى الائتمان فى حالتين:

١– حالة شراء مسكن له، والضمان فى هذه الحالة برد على العقار محل الائتمان ذاته، وغالبا مايتمثل فى امتياز عقارى مقترن بتأمين على الحياة أو ضد العجز أو حتى ضد البطالة .

٢– حالة شراء بعض المنقولات، الضمان فى هذه الحالة يرد أيضا على محل الائتمان ذاته، ويتمثل فى الاحتفاظ بالملكية، أوفى البيع الايجارى، أو الايجار الائتمانى أو أن ينشأ فى بعض الاحيان من تقديم كفالة.

– أما بالنسبة للمهنى، فان الضمان الذى يقدمه يستمد عادة من عناصر نشاطه، كمحل تجارى، أو عقار الشركة، أو حق العملاء، أو من المنتجات المستقبلة لهذا النشاط، أو من إعطاء الحقوق المستقبلة كنوع من الضمان وهو مايسمى بـ Le bordereau Dailly والتى نظمها قانون Dailly فى ٢ يناير ١٩٨١[1].

وتطور الضمانات لم يعد ينحصر، كما كان من قبل، فى التنازع التقليدى بين دور كل من التأمينات العينية والتأمينات الشخصية، وإنما قد ظهرت معطيات جديدة فى العلاقات التجارية أدت الى انقلاب فى موازين العلاقة

(1) M. Vasseur, les garnaties indirectes du Banquier, rapport présenté au colloque de Deauville, sur l'évolution des sûretés, Rev. jur. com. numéro. spécial, février 1982, no.2, p.116.

بين التأمينات العينية والتأمينات الشخصية من ناحية وأظهرت، من ناحية أخرى، قصور أنظمة التأمينات بصفة عامة على مواجهة هذه المعطيات وإستيعابها.

ففى فرنسا مثلا، نجد أن تشريعات الافلاس قد تعرضت، منذ ثلاثين عاما تقريبا، إلى تغييرات عميقة أدت إلى تجريد التأمينات العينية من فعاليتها، لدرجة أن أحد الفقهاء قد كتب في مقالة نشرت له منذ سنوات..... عبارته الشهيرة، التأمينات المطاردة والائتمان المعطل[1].

هذه التغييرات وإن كانت تكشف عن وجود الظاهرة الجديدة، إلا أنها مبالغ فيها، حيث أن التأمينات والائتمان مازالا يعملان، ولكن قد حدث لهما بعض التحول. فالدائنون بدأوا يبحثون عن الضمان فى وسائل أخرى، كشرط الاحتفاظ بالملكية، والايجار الائتمانى، وبصفة خاصة فى نطاق التأمينات الشخصية، كخطابات النوايا والثقة وشرط الضمان بمجرد الطلب، أو الانابة الناقصة.

هذه الظاهرة تعتبر حديثة نسبيا فإلى عام ١٩٥٥، كان الدائنون المزودون بتأمينات عينية لا يتأثرون تقريبا بافلاس مدينهم، لكن منذ مرسوم ٢٠ مايو ١٩٥٥ وحتى التعديل الحديث بقانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ومروراً بقانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ نجد أن فعالية التأمينات العينية قد شهدت تراجعا ملحوظاً ومستمرا فى حالة إفلاس المدين.

فالافلاس، أو بالأحرى، ما حل محله من مصطلحات حديثية كالتسوية القضائية وتصفية الأموال فى قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧، أو التسوية الودية للصعوبات التى تواجه المؤسسة كما فى قانون ١ مارس ١٩٨٤، أو التقويم أو

(1) L. Martin, Sûretés traqués, crédit détraque" Banque 1975, 1138.

التصفية القضائية كما فى قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥، لم يعد هدفه عقاب المدين غير الأمين، أو حتى الوفاء بحقوق الدائنين، وإنما أصبح الهدف هو محاولة إنقاذ المؤسسات مما تتعرض له من صعوبات. هذا الهدف الأخير لايمكن تحقيقه دون تضحيه بمصالح الدائنين، ممتازين كانوا أو عاديين.

ففى قانون ١ مارس ١٩٨٤ قد حلت التسوية الودية للصعاب التى تواجه المؤسسات محل الوقف المؤقت للاجراءات، وأصبح اتفاق الدائنين يسمح بوقف الاجراءات وكذلك بخصم الديون التى قررها أحد المصالحين أو الموفقين المعين من قبل المحكمة (م ٣٥، ٣٧)[١].

وقد ضحى قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ والخاص بالتقويم أو التصفية القضائية بصفة نهائية بالدائنين السابقين على إفتتاح الإجراءات[٢].

وبالمثل فى الولايات المتحدة الأمريكية وفى عدد كبير من الدول الصناعية التى تأثرت بالأزمة الاقتصادية، نجد أن هناك قانونا جديدا ركز على الهدف الاجتماعى للاجراءات الجماعية (بقاء المؤسسات، الاحتفاظ بالعمل للعمال) على حساب الوفاء بحقوق الدائنين.

ومن أهم سمات هذه التشريعات أن الأجراء "Les salariés" قد نحو جانبا بالنسبة لسير الاجراءات. كما أنه لم يعد يوجد مايسمى بجماعة الدائنين. فالدائنون أصبحوا يمثلون عن طريق شخص من الغير معين من قبل المحكمة. ولم يعد يستشار جماعة الدائنين عن مصير المؤسسة ولكن يتم إستدعاؤهم بصفة فردية لأخذ موافقتهم على الخصم أو المهلة المقترحة من

(1) M. VAsseur, le crédit ménacé, Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté, J.C.P. 1985, I. 3201.

(2) Ph. Delebecque, les Sûretés dans les nouvelles procédures collectives, J.C.P., N. 1986. I. 185; F. Derrida, P. Gode, J.C. sortais, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises; 2e éd, no. 495.

جانب الإدارة. كما أن عدم اتفاقهم لا تأثير له، سواء كانوا دائنين عاديين أم أصحاب تأمينات عينية، فلم يعد هؤلاء إلا شهودا لاحول لهم ولاقوة فى الوقت الذى يتم فيه حسم مصير المؤسسة كلها بعيداً عنهم[1].

وقد أصبح القانون الجديد فى صف الدائنين الذين سمح تعاونهم باستمرار المؤسسة، أى الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد حكم افتتاح الاجراءات. فهؤلاء الدائنون يحصلون على حقهم بالأولوية عن كل الدائنين الآخرين ايا كانت صفتهم أى سواء كانوا مزودين بتأمينات أو عاديين، وذلك باستثناء حقوق الاجراء (م٤٥) فالأفضل إذن أن يكون الدائن دائنا لاحقا، حتى ولو كان عاديا، عن أن يكون دائنا سابقا مزودا بتأمين عينى.

وتبدأ الاجراءات حاليا بفترة ترقب "période d'observation" (م٢٦ الى م٦٠) فى خلالها تتوقف أو تمنع الاجراءات من جانب الدائنين السابقين، حتى ولو كان موضوع هذه الاجراءات فسخ عقد (م٤٧). ولا يترتب على الحكم بوضع المؤسسة تحت المراقبة أو الملاحظة أى سقوط للآجل (م٥٦)، ولكن يترتب عليه منع قيد التأمينات العينية، فيما عدا امتياز بائع المحل التجارى (م٥٧). ولايملك الدائنون خلال هذه الفترة إلا الاعلان عن حقوقهم لممثل الدائنين خلال مدة معينة وإلا تعرضت هذه الحقوق للانقضاء (م٥٣)، ويستوى أن تكون هذه الحقوق مزودة بتأمينات أم لا أو متعلقة بدعوى فسخ.

بعد ذلك تقرر المحكمة مصير المؤسسة وذلك بالاختيار بين ثلاث بدائل: اما استمرار المؤسسة، أو إنتقالها وفقا لخطة وقتية، أو التصفية القضائية.

---

(1) M. Vasseur, op.cit, no.7.

– فى حالة إستمرار المؤسسة فإن حقوق الدائنين أصحاب التأمينات، تتعرض لاعتداء خطير، فيما عدا الأجراء (م٧٦) فالدائنون مدعون بطريقة فردية بأن يقوموا بخصم أو بمنح آجال، أو بهذا وذاك (م ٢٤) .، فإن لم يتم ذلك فإن المحكمة تحدد مواعيد موحدة للدفع، يمكن أن تتجاوز مدة الخطة (م ٧٤)، أو تسمح للدائنين بالافلات من هذه المواعيد بقيامهم بانقاص ديونهم (م٧٥) . وفى حالة التنفيذ على وعاء تأميناتهم فإن حقوق الاجراء تتقدم عليهم، بل إن المحكمة تستطيع أن تفرض عليهم استبدال ضماناتهم، امتيازاتهم ورهونهم الحيازية أو الرسمية بضمانات أخرى معادلة (م٧٨) !![1] .

– فى حالة إنتقال المؤسسة، ينبغى على الدائنين أصحاب التأمينات العينية والذين أصبحت ديونهم مستحقة الأداء بقوة القانون (م٩١)، بأن يقنعوا بمباشرة حقوقهم فى الأولوية على ثمن هذا الانتقال ودون أن يكون لهم أى إمكانية فى المنازعة فيه (م٩٢) فيما عدا الدائنين أصحاب الرهون على الالات أو الأدوات المهنية (م٩٣) . إنتقال المؤسسة يطهرها من الامتيازات والرهون الرسمية والحيازية، مع أن هناك حصة فقط من الثمن قد خصصت لكل مال مثقل. وتنقضى كل الديون بصفة نهائية حتى بالنسبة للدائنين الذين لم يستوفوا ديونهم (م٩٢) الا من استثنوا.

– على النقيض من ذلك نجد أن التصفية القضائية هى الطريق الأقل خطورة بالنسبة للدائنين. فاستمرار المؤسسة قد أضحى مستحيلا، وأصبح الهدف الوحيد للاجراءات هو تصفية الخصوم، فكل الديون قد أصبحت مستحقة الأداء (م١٦٠)، وسيتم الوفاء بها وفقا للمراتب المختلفة للدائنين.

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 412p. 127.

لكن فى حالة الاقفال لعدم كفاية الأصول فإن هؤلاء سيفقدون حقوقهم إلا ما استثنى بصفة نهائية[١] .

وقد ترتب على تطبيق قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الخاص بالتقويم أو التصفية القضائية إختفاء التأمينات العينية التقليدية كالرهن الرسمى، أو الرهن الحيازى بدون نقل حيازة وغيرهما، وظهور ضمانات بدائية ترتكز على الحيازة، كالحق فى الحبس، والرهن الحيازى العقارى أو على الملكية، كشرط الاحتفاظ بالملكية، أو الايجار الائتمانى، أو التصرف الائتمانى[٢] Fiducie.. كما أدى عدم فعالية التأمينات العينية إلى إنحسار التأمينات التى تتضمن حق الأولوية لصالح التأمينات السلبية"Les Sûretés négatives التى تعمل فى ظل مبدأ المساواة بين الدائنين [٣] .

٢- الضمانات والتأمينات:

– فكرة الضمان تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانونى محدد[٤] . بينما على العكس من ذلك نجد أن فكرة التأمينات تعبر عن نظام قانونى محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة.

– وعلى ضوء ماتقدم نجد أن التأمينات تعد نوعا من الضمانات، ولكن العكس غير صحيح إذ أنه ليس بالضرورة أن يكون كل ضمان نوعا من التأمينات، ففكرة الضمانات أوسع بكثير من فكرة التأمينات. فقانون التأمينات أنشىء كفرع مستقل يقوم حول أنظمة أساسية، هى الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، بينما الضمانات لم تنحصر فى فرع معين من فروع

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynes, op.cit, p. 412 p.128.
(2) Ibid.
(3) C. Mouly, Procédures collectives, assainir le régime des sûretés, Etude Roblot, L. G. D.J. 1984, p. 520, 564.
(4) L.Aynès les garanties du financement , op.cit., no. 3note 2 p.911.

القانون وإنما نجد أن هناك أنظمة قانونية فى قانون الالتزامات أو قانون الأموال تقوم على تحقيق وظيفة الضمان بصفة أصلية أو بصفة عارضة، وقد أدت التطورات الحديثة إلى العودة، دون قيد أو شرط، إلى المنبع، إلى قانون الالتزامات وقانون الأموال مما أدى الى بروز وظيفة الضمان التى تحققها هذه الأنظمة فى الوقت الحاضر.

– ففى قانون الالتزامات مثلا نجد أن هناك قواعد لصيقة برابطة الالتزام تشكل فى الغالب نوعا من الضمانات الفعالة، من هذا القبيل، الفسخ لعدم التنفيذ، أو الدفع بعدم التنفيذ أو المقاصة. بل أن هناك أكثر من ذلك حيث توجد أنظمة مخصصة أساسا لتحقيق ضمان للدائنين من ذلك الدعوى المباشر، والتضامن السلبى، والتضامم، وغير ذلك من انظمة على النحو الذى سوف نعرض له تفصيلا.

– وفى قانون الأموال قد تم توظيف الاحتفاظ بالملكية، ونقل الملكية بتحقيق نوع من الضمان يفوق فى فعاليته التأمينات العينية، فالملكية لم تعد غاية فى ذاتها، وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى، هى الضمان، ومن أمثلة نقل الملكية على سبيل الضمان، بيع الوفاء، والتصرف الإئتمانى.

– وعلى ذلك تعتبر الضمانات، وذلك على خلاف التأمينات، أثراً لمركز محدد أو لمجموعة من الروابط او لطبيعة هذه الروابط[1]، بينما نجد أن التأمينات تضاف الى رابطة الالتزام ولا تعد بحال من الأحوال مجرد أثر لهذه الرابطة، فهى تنشأ عن مصدر مستقل عن مصدر رابطة الالتزام

(1)Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no.2, p.10.

فمثلا التضامم ينشأ كنتيجة لتعدد المدينين والتزامهم المتعاصر بالتزامات متماثلة، والدعوى المباشرة تنشأ نتيجة لوجود مجموعة من العقود.

التى تعمل على ضمان الوفاء بها، فهى تنشأ عن الاتفاق أو القضاء أو القانون[١].

٢- الضمانات المسماة والضمانات غير المسماة.

كما هو واضح من العرض السابق فإن فكرة الضمان فكرة حية، ولذلك فهى متطورة، هذا التطور قد أدى إلى تنوع كبير فى الوسائل والأدوات المستعملة فى سبيل تحقيق الوظيفة الاقتصادية المبتغاه من وراء الضمان. على العكس من ذلك نجد أن نظم التأمينات تقوم على وسائل فنية تفصيلية، ولذلك فهى تتسم بنوع من الجمود وبالتالى التطور البطىء.

وقد أدت التطورات الحديثة إلى أن الدائنين فى وقتنا الحاضر غالبا مايجاهدون فى سبيل الحصول على المزيدمن الضمانات. ويعتمد هؤلاء الدائنون على تعدد الضمانات لتعويض ماقد يعترى بعضها من ضعف. فالرغبة فى الأمان أصبحت حاجة عصرية عمقية.

فقانون التأمينات أنشىء كفرع مستقل يقوم حول أنظمة أساسية، كالكفالة والرهن والاختصاص والامتياز والسمة العامة لهذه الأنظمة إستعمالها للوسائل الفنية لنظرية الالتزامات أو للحق العينى ولكن بصفة تبعية، فأى منها ليس هدفا فى ذاته لأى تصرف قانونى.

وعلى ذلك فإنه يجب أن تحتفظ، التأمينات، كنظام قانونى محدد ويسمح للدائن فى الغالب فى التزام بأداء مبلغ من النقود باستيفاء حقه من ذمة مدينة بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة، وهذه

---

(١) ومن هنا نشأ التردد فى إدخال بعض الضمانات اللصيقة برابطة الالتزام مثل الاحتفاظ بالملكية، والحق فى الحبس والايجار الأتمانى الايجارى والتصرف الائتمانى فى قانون التأمينات انظر.

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., note, 7 p10.

الأولوية يعززها غالبا الحق فى التتبع، فإن لم يوجد ذلك، فمن ذمة الغير الذى التزم بصفة أصلية أو بصفة تبعية بحسب الأحوال.

وإلى جانب قانون التأمينات العينية والشخصية يجب أن يفسح المجال لوسائل اخرى للضمان تختلف فى قوتها ومداها بحسب قدرتها على إلغاء أو تقليل المخاطر التى يتعرض لها الدائن فى استيفاء حقه. هذه الوسائل لايمكن إخضاعها لنفس نظم التأمينات لاختلافها فى الطبيعة والمصدر على النحو السابق بيانه. هذه الوسائل يمكن أن نطلق علهيا أسم الضمانات غير المسماة بالمقابلة للضمانات المسماة، أى التأمينات العينية والشخصية.

٤ - الغرض من البحث وخطة الدراسة:

سبق أن رأينا أن تزايد أهميته الإئتمان فى العصر الحديث وإتساع نطاقه، قد أدى إلى الأقبال الشديد على الضمانات. ولذلك نلاحظ فى الوقت الحاضر تزايد عدد الضمانات المستخدمة بمناسبة عملية إئتمانية محددة. كما أن هناك إتجاها متزايداً الى تجميع أكثر من ضمان أو الى تعزيز المسئولية التعاقدية. وفى بعض الاحيان نجد أن هناك أكثر من شخص ملتزم بالضمان لحساب الغير[١].

هذا السباق الى الضمانات له دلالة خطيرة وهى وجود أعراض مرضية معينة. فالبحث عن ضمان فعال معناه البحث عن علاج لهذه الأعراض. هذه الأعراض تكشف عن عدم ثقة فى القوة الملزمة للعقد وعن عجز القانون وعدم قدرة وفعالية إجراءات التنفيذ الجبرى على تحقيق أهدافها[٢].

نسطيع إذن القول أن الرغبة الشديدة فى الحصول على ضمان، بل وعلى

(1) J. Mestre, la pluralité d'obligé accessoires , Rev. trim, dr. civ.1981 p.1.

(2) :L. Aynès, les garanties du financement, op.cit., no.2, p.911

العديد من الضمانات الفعالة تكشف عن عدم وجود الثقة الواجب توافرها فى نطاق المعاملات. وهذا يكشف بدوره عن الارتباط الوثيق بين الضمانات والإئتمان[1] .

وعلى ذلك فإن الغرض من هذا البحث هو محاولة رصد هذه الظاهرة، وذلك بمحاولة رصد وتصنيف الضمانات غير المسماة فى القانون الخاص، ثم محاولة إستخلاص القواعد المشتركة لكل مجموعة منها وإبراز دور كل منها فى تحقيق الضمان الذى يسعى إليه الدائن لاستيفاء حقه.

وسوف ترتكز خطة الدراسة على رصد هذه الوسائل فى القانون الخاص سواء فى قانون الالتزامات أو فى قانون الأموال، ولذلك ستنقسم الدراسة الى بابين:

الباب الأول فى فكرة الضمانات غير المسماة فى نطاق نظرية الالتزامات.

الباب الثاني فى فكرة الضمانات غير المسماة فى نطاق قانون الأموال.

(1) Y. Chartier, Rapport de synthèse, colloque de Deauville, sur l'évolution des sûretés, Rev. jur, com, fév 1982, no. 36, p.164.

الباب الأول

فكرة الضمانات غير المسماة في نطاق نظرية الالتزامات

فى هذا الباب سوف ندرس وسائل نظرية الالتزامات التى تحقق للدائن ضمانا خارج نطاق التأمينات. وهذه الوسائل يمكن ردها الى طائفتين: طائفة المراكز القانونية المتميزة، وطائفة المراكز العقدية المتميزة.

الفصل الأول

المراكز القانونية المتميزة

فكرة المراكز القانونية المتميزة:

من المعلوم أن مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة، للضمان العام ليس مطلقا. فهناك أسباب للتقدم أو الأولوية نص عليها القانون. ومن المعلوم أيضا أن أسباب التقدم التى نص عليها القانون هى التأمينات العينية. هذه التأمينات العينية تكون بتخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن. ولذلك فإن الدائن المزود بتأمين عينى لا يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال أو هذه الأموال فقط.

ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا الصدد أن التأمينات العينية لا تلغى حق الضمان العام وإنما تعززه وتقويه. وعلى ذلك فإن الدائن المزود بتأمين عينى يمكن بإعتباره دائنا عاديا أن يرجع على أموال المدين الأخرى، ولكنه يتعرض، فى هذه الحالة، لمزاحمة سائر الدائنين العاديين، كما أن له عند عدم استيفائه لحقه كاملا من المال الذى تقرر عليه التأمين العينى، أن ينفذ على أموال المدين الأخرى لاقتضاء ماتبقى له.

ومع ذلك نجد أنه خارج كل نطاق للتأمينات العينية أن الدائن، فى بعض

الحالات، يبقى دائنا عاديا ومع ذلك يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين وذلك لوجوده فى مركز قانونى معين. هذه المراكز القانونية ليست مقصودة فى ذاتها لتحقيق ضمان معين، فالدائن لم يسع الى الحصول عليها، وإنما يتواجد الدائن فيها مصادفة عند التنفيذ على أموال المدين ويستحيل بسببها مزاحمة الدائنين العاديين الآخرين له.

ونحن نطلق على هذه المراكز أسم المراكز القانونية المتميزة[١]. فهذه المراكز القانونية[٢]، تميز الدائن العادى عن غيره من الدائنين العاديين بالرغم من عدم تمتعه بأى نوع من التأمينات العينية التقليدية. ولذلك فان السمة المشتركة لهذه المراكز القانونية المتميزة أنها تمثل خروجا على مبدأ المساواة بين الدائنين[٣]. كما أن هذا التميز لم ينشأ نتيجة تدبر أو احتياط من جانب الدائن، أو نتيجة عمل ارادى، كأن يسعى الدائن اليها عن طريق ابرام عقد أو اتفاق.

هذه المراكز القانونية المتميزة ليس من طبيعتها أو من مستلزماتها أن تعطى للدائن أولوية. فالاولوية تستلزم وجود مراتب معينة بين الدائنين. كما

---

(١) انظر مؤلفنا فى التأمينات العينية الشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢ ،ص ومابعدها ويطلق عليها بعض الفقهاء الفرنسيين أسم المراكز الممتازة أنظر

- G. Marty, P. Raynaud, Droit Civil, t. III, 1e volume, les sûretés, la publicité foncière. no. 3 p.3.

(2) La situation juridique se presente à nous comme consitituant un complexe de droit et de devoirs" P. Roubier, Droits subjectifs et situation juridiques, Dalloz, 1963, pp. 53, 64, 67.

(3) N. Catala- Franjou, De la nature juridique du droit de rétention, Rev. trim dr. civ. 1967, p. 10 no. 11 si la règle de l'égahite entre les créanciers peut être mis en échèc par l'etablissement du sûretes conventionnelle, elle se trouve aussi quelque fois écartée sans les parties l'aient voulu..".

أن هذه المراتب تستلزم نوعا من اجراءات الشهر أو العلانية، وهذه المراكز لاتخضع لأى من هذه الاجراءات، كما سوف نرى تفصيلا فيما بعد. كل هذا يوضح الفارق بين المراكز القانونية المتميزة وحقوق الامتياز.

خطة الدراسة:

فى هذا الفصل سندرس على التوالى ثلاثة أنظمة قانونية فى نظرية الالتزامات تعطى للدائن مركزا قانونيا متميزا خارج نطاق التأمينات العينية. هذه الأنظمة الثلاثة هى: نظام الدعوى المباشرة، ونظام المقاصة، ونظام الحق فى الحبس.

المبحث الأول

الدعوي المباشرة

لنقف على وجه الضمان الذى تحققه الدعوى المباشرة ينبغى علينا أن نبين باختصار، أولا، فكرة الدعوى المباشرة، ثم نعرض بعد ذلك لمدى الضمان الذى تحققه هذه الدعوى للدائن العادى.

المطلب الأول

فكرة الدعوي المباشرة

نعرض فى هذا الصدد لتعريفها وخصائصها، ثم لمصادرها وتنوعها.

أولا: تعريف الدعوي المباشرة وخصائصها

الدعوى المباشرة وسيلة قانونية تسمح للدائن العادى أو يسعى مباشرة باسمه شخصيا إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق فى ذمته للمدين.

فالدعوى المباشرة تسمح للدائن العادى أن يباشر حقه فى الضمان العام

مباشرة على ذمة مدينه وذلك بمطالبه مدين المدين بما هو مستحق فى ذمته للمدين. ولذلك فهى على خلاف الدعوى غير المباشرة تعطى للدائن حق خاص فى مواجهة مدين المدين بحيث يصبح هذا الأخير مدينا مباشرا للدائن.

فالدعوى المباشرة تعتبر ميزة خاصة منحت لبعض الدائنين الذين يستأهلون حماية خاصة، فهى تشبه حق الامتياز[١]، ولذلك يحلو لبعض الفقهاء المقارنة بينهما[٢]. كما أن هذه الدعوى تمثل خروجا على مبدأ المساواة بين الدائنين.

فى الحقيقة إن الدعوى المباشرة لا تعطى للدائن العادى إلا مركزاً قانونيا متميزاً عن باقى الدائنين[٣]. وهذا المركز المتميز ليس مقصودا فى ذاته لتحقيق ضمان معين للدائن، حيث أن الدائن لم يسع الى إيجاد هذا المركز على مال أو أموال معينة لمدينه، وإنما تواجد فيه مصادفة، حيث تصادف أن كان هناك مدين لمدينه ثابت فى ذمته دين لهذا المدين وأعطى المشرع الدائن فى هذه الحالة حق الرجوع مباشرة على مدين المدين.

فالدعوى المباشرة باعتبارها مركزا قانونيا متميزا لاتهدف أساسا الى

---

(١) انظر اسماعيل غانم، أحكام الالتزام، فقرة ٦٥ ص ١٦٧ السنهورى الوسيط، جـ٢ فقرة ٥٥٥ ص ٩٧٨.

(٢) أنظر- Lablé, Des privileges spéciaux sur créances, Rev. crit. legis, jurs. 1987, 571, M. Cozion, l'action directe, Thèse Dijon, L.G.D.J. 1969, préf. A. Ponsard.

(٣) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٥ ص ١٦٧ حيث يقرر أن ... الدعوى المباشرة من نظم التأمينات، فهى تحقق للدائن مركزاً يفضل به غيره من الدائنين.... ويقرر فى موضع آخر، أن الدعوى المباشرة لاتهدف الى المحافظة على الضمان العام، وإنما الى تأمين الدائن بحمايته من خطر الخضوع لقسمة الغرماء فى استيفاء ماله من الحق الثابت لمدينه فى ذمة الأخير.

اعطاء صاحبها أولوية على باقى الدائنين الذين يزاحمونه، فالأولوية ليست جوهر الدعوى المباشرة حيث أنه لايوجد أصلا تزاحم بين الدائن صاحب هذه الدعوى وغيره من الدائنين. فالرجوع المباشر الذى تخوله هذه الدعوى جعل الدائن العادى يفلت أصلا من مزاحمة باقى الدائنين له. فالأولوية أثر غير مباشر لممارسة الدعوى المباشرة ورهين، فى الغالب، بهذه الممارسة.

على العكس من ذلك حق الامتياز، إذ جوهره الأولوية التى يعطيها القانون للدائن لصفة فى دينه[1]. فالدائن الممتاز يتعرض لمزاحمة الدائنين العاديين والدائنين أصحاب التأمينات العينية. ولذلك فإن هذا الدائن يحصل على حقه بالأولوية فقط على الدائنين العاديين والدائنين اصحاب التأمينات التالين له فى المرتبة، ولكنه يتعرض لمزاحمة حقيقية من أصحاب التأمينات العينية السابقين له فى المرتبة. ولذلك نجد أن حقوق الامتياز تخضع لقواعد الشهر أو العلانية وذلك لتحديد مراتب الدائنين أصحاب التأمينات بحسب الأولوية فى القيد. كما أن المشرع تدخل وبين ترتيب الأولوية بين أصحاب حقوق الامتياز أنفسهم، وبينما حق الدائن العادى صاحب الدعوى المباشرة لايخضع لاجراءات الشهر أو العلانية كما أنه ليس له مرتبة وكل ماهنالك أن هذا الدائن يفلت من مزاحمة باقى الدائنين له نتيجة لرجوعه المباشر على مدين مدينه.

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جـ٢ ، فقرة ٥٥٥ ص ٩٧٩ هامش ١ ، حيث ينقل عن دى باج مثالا يوضح الفارق الهام بين الدعوى المباشرة وحق الامتياز فمثلا لو اجتمع دائنان، أحدهما له دعوى مباشرة لاحق امتياز، ورفع الثانى الدعوى غير المباشرة وحكم له على مدين المدين ووفى هذا للمدين بما فى ذمته فان صاحب الدعوى المباشرة لايملك فى هذه الحالة إلا أن يشترك مع الدائن الأخر فيقسما الحق بينهما قسمة غرماء.

وهذا بخلاف ما إذا كان للدائن حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فإنه فى هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر ولكى يفلت الدائن صاحب الدعوى المباشرة من مزاحمة الدائن الآخر له يمكن أن يبادر بممارسة هذا الدعوى أو على الأقل يتدخل فى الدعوى غير المباشرة التى رفعها الدائن الآخر، ويطلب من مدين المدين أن يفي له هو بالدين المباشرة.

ولنوضح الفارق بين حق الامتياز والمركز المتميز للدائن صاحب الدعوى المباشرة نضرب المثال التالى: فى عقد الايجار تنشأ العلاقة بين المؤجر والمستأجر عن طريق انشاء التزامات متقابلة: فالمؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة فى مقابل أن المستأجر يلتزم بدفع الأجرة. ويكون للمؤجر إمتياز على المنقولات المملوكة للمستأجر الموجوده فى العين المؤجرة لضمان الوفاء بالأجرة. وقرر المشرع إلتزام المستأجر بأن يضع في العين المؤجرة المنقولات التى تكون قميتها كافية لضمان الأجرة المستحقة، كما أعطى للمؤجر حق حبس هذه المنقولات، وتوقيع الحجز التحفظى عليها، وبل وقد أعطى له حق تتبعها لمباشرة حقه عليها وذلك إذا خرجت بغير علمه أو رغم معارضته حتى ولو كانت فى يد الغير حسن النية وذلك خلال ثلاث سنوات من يوم نقلها خارج العين المؤجرة. فالمشرع قد حدد ابتداء وإنتهاء الحق الممتاز ومحله ومرتبته ووسائل حماية صاحبه. هذا هو الفرض البسيط والعادى.

لكن قد يتصادف أن يقوم المستأجر بتأجير العين المؤجرة من الباطن ولايقوم بالوفاء بماعليه من أجرة للمؤجر فى هذه الحالة أعطى القانون المؤجر وسيلة مباشرة للرجوع الى المستأجر من الباطن، مدين المدين، ليطالبه بما هو ثابت فى ذمته للمستأجر الأصلى، المدين حتى يستوفى حقه قبل هذا الأخير. هذا الفرض قد يحدث وقد لايحدث وبالتالى المشرع قد نظم الدعوى المباشرة فى هذا الفرض لتسهيل عملية إستيفاء الدائن لحقه فحسب.

ومن الواضح أن الدعوى المباشرة لا تمنح إلا بناء على نص فى القانون ولا تنتج إلا اثاراً محدودة. ومع ذلك فإنه قد حدث ازدواجية لمصادر الدعوى المباشرة، كما أن آثار هذه الدعوى تنوعت من دعوي الى أخرى فى القانون الفرنسى وهذا ماسوف نراه فى الفقرات التالية.

إذا كانت الدعوى غير المباشرة تتبع لوسائل الضمان العامة لتنفيذ الالتزام ويستطيع كل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء أن يستعملها (مادة ٢٣٥ مدنى مصرى مادة ١١٦٦ مدنى فرنسى)، فإن الدعوى المباشرة لا توجد إلا إذا نص المشرع عليها صراحة فى حالة بعينها[١].

ومع ذلك فالقضاء الفرنسى المعاصر قد قام بتفسير النصوص تفسيراً واسعا وكشف فى بعض الاحيان عن دعاوى مباشرة لم تظهر بوضوح فى هذه النصوص، وبل وفى بعض الاحيان قد أنشأ القضاء بعض الدعاوى المباشرة عندما توجد رابطة قوية بين حق الدائن فى مواجهة المدين وحق هذا المدين فى مواجهة مدينه، ومن هنا حدثت إنطلاقه للدعوى المباشرة.

فى الواقع إن قانون نابليون لم يعرف إلا دعوى مباشرة حقيقية هى الدعوى المنصوص عليها فى المادة ١٧٩٨ والتى تعطى البنائين والنجارين وغيرهم من العمال حق استيفاء أجورهم من صاحب العمل[٢].

فيما عدا ذلك فان القضاء الفرنسى هو الذى كشف فى نصوص أخرى للتقنين المدنى عن وجود دعاوى مباشرة أخرى، فى المادة ١٧٥٣ الدعوى المباشرة للمؤجر لاستيفاء الأجرة الأصلية من المستأجر من الباطن، والمادة ١٩٩٤/٢ الدعوى المباشرة للموكل فى مواجهة الوكيل من الباطن. كما أن هناك تشريعات حديثة قد أقرت الدعاوى المباشرة التى كانت من خلق

(١) انظر فى دراسة تفصيلية لحالات الدعوى المباشرة فى القانون المصرى، السنهورى، الوسيط ج٢، فقرة ٥٥٦ حتى ٩٨٠ ومابعدها، أنور سلطان الموجز فى النظرية العامة للالتزام الجزء الثانى، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٦٤، ١٩٦٥ فقرة ٢٩ ص ٢ ومابعدها.

(٢) وقبل أن تؤكد محكمة النقض الفرنسية بطريقة واضحة الطبيعة المباشرة لهذه الدعوي فى حكمها Req . 1854, D.P 54. I.121 تساءل البعض عما إذا كانت المادة ١٧٩٨ مجرد صنو للمادة ١١٦٦ فرنسي والخاصة بالدعوي غير المباشرة.

القضاء. مثل دعوى مؤجر السفينة ضد المستأجر من الباطن لاستيفاء النولون أو أجرة السفنية (م١٤ من قانون ١٨ يونيو ١٩٦٦) أو أنشأت دعاوى مباشرة جديدة، كدعوى المضرور ضد شركة التأمين المؤمن لديها المسئول، ثم عممت بقانون ١٣ يوليو ١٩٣٠ (art. L. 124.3 C.ass.) ودعوى المقاول من الباطن ضد صاحب العمل لاستيفاء المستحق له قبل المقاول الأصلى.

فى القانون المصرى قد نظم التقنين المدنى هذه الدعاوى بنصوص خاصة، فبالسنبة لعلاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن قد نظمتها المادة ٥٩٦، ونظمت المادة ٦٦٢ علاقة المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل، ونظمت المادة ٧٠٨ علاقة الموكل بنائب الوكيل. ثم جاءت تشريعات خاصة لتنظيم رجوع العمال على المؤمن فى حالة حوادث العمل، وكذلك رجوع المضرور على المؤمن فى حوادث السيارات.

بالتوازى لهذا الاتجاه التشريعى نجد أن القضاء الفرنسى، بدون الاستناد الى نص قانونى، قد سمح بوجود دعوى مباشرة بالضمان فى صالح المتصرف اليه ضد البائع الأصلى، والمهندسين والمقاولين. وقد أقر التشريع فى النطاق العقارى هذه الدعاوى (المادة ١/١٦٤٦ والمادة ١٧٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى)(١).

---

(١) وتوجد أمثلة أخرى فى القضاء الفرنسى انظر فى ذلك:

Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, Les obligations, éd, cujas, 1985, no. 659, p. 469, note 94; C. Jamin, la notion d'action directe, 1991.

المطلب الثاني

مدي الضمان الذي تحققه الدعاوي المباشرة

لنقف على مدى الضمان الذى تحققه الدعوى المباشرة يجب أن نعرض أولا للآثار المشتركة للدعاوى المباشرة، ثم نبين بعد ذلك تنوع هذه الآثار بحسب ما إذا كانت الدعوى المباشرة كاملة أو ناقصة.

أولا: الآثار المشتركة وحدودها.

كل الدعاوى المباشرة لها أثر واحد وهو تسهيل وضمان الوفاء بالإلتزام، وذلك بالاستثناء عن القاعدة الواردة فى نص المادة ١٤٥/١ مدنى مصرى المادة ١١٦ مدنى فرنسى والمتعلقة بمبدأ نسبية أثر العقد، والتى تقضى بأن العقد لايكون ساريا إلا فى حق أطرافه، فلا يتعدى أثره الى الغير[١]. فالمدعى فى الدعوى المباشرة (الدائن) يعتبر من الغير بالنسبة للمدعى عليه (مدين المدين). من حيث المبدأ يجب على الدائن أن يرجع على مدينه وهذا الأخير يستطيع بدوره أن يرجع على مدينه هو. فمثلا ينبغى على المؤجر أن يرجع على المستأجر، وهذا الأخير يستطيع أن يرجع بدوره على المستأجرين من الباطن. وكذلك الحال بالنسبة للمضرور حيث يستطيع أن يرجع على المسئول، وهذا الأخير يمكن أن يستعمل حقه فى الضمان ويرجع عن المؤمن، كما أن الدائن يستطيع ايضا أن يرجع على مدين مدينه بالدعوى غير المباشرة لمطالبته بتنفيذ التزامه للمدين.

وكما هو واضح فان الدعوى المباشرة تنشىء رابطة التزام مباشرة بين

---

(١) ولذلك يعالج بعض الفقهاء الدعوى المباشرة كاستثناء لمبدأ نسبية أثر العقد، أنظر حلمى بهجت بدوى، نظرية العقد، فقرة ٢٦١، استاذنا الدكتور مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٨٥، فقرة ٢٦٢، ص ٣٢٤، ومابعدها.

شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل respectivement بنفس الشخص، وهو المدين الأصلي، إنشاء مثل هذه الرابطه أمر ممكن حيث أن حق المدعى والتزام المدعى عليه لهما نفس المحل وهو مبلغ من النقود، ولذلك فالدعوى المباشرة تعتبر طريقا من طرق الوفاء المبسطة[١] .

إستعمال هذه الدعوى محدود بحدين، أولا، لا يستطيع صاحب الدعوى أن يباشرها إلا فى حدود ماهو مستحق له فى ذمة مدينه، ثانيا، أن مدين المدين غير ملزم فى مواجهة الدائن إلا فى حدود ماهو مستحق فى ذمته للمدين[٢] . ووقت تقدير حق الدائن والتزام مدين المدين يختلف من دعوى الى أخرى. ففى بعض الأحيان بعطى القانون لأطراف متباعدة فى مجموعة من العقود، بالرغم من أنهم ليسوا أطرافا في نفس العقد، دعوى مباشرة لاستيفاء الحق (مادة ١٧٥٣ ، ١٩٩٤ مدنى فرنسى، م ١٤ قانون ١٨ يونيو ١٩٦٦ مادة ٨٢ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥) كل هذه الدعاوى لها محل واحد وهو دفع مبلغ من النقود . كما أن المدعى فى الدعوى يكون دائنا للمتعاقد معه مباشرة، والمدعى عليه مدين للمتعاقد معه هو، (نفس الشخص المتعاقد مع الدائن)، ومحل الدعوى محدود بحدين بقيمة حق أحدهم ودين الآخر.

فى الواقع إن تطور الدعاوى المباشرة المرتبطة بوجود تعاقد من الباطن، أو بصفة عامة المتعلقة بمجموعة من العقود، يثير كثيرا من التردد. هذه الدعاوى تسمح لشخص أن يحتج بالآثار الملزمة للاتفاق على شخص من الغير. وعلى ذلك يمكن أن ينظر اليها على أنها ظاهرة إستثنائية أو على

(1) L. Aynès, la cession de contrat, thèse Paris II ed. Economica,. 1984, préf. Ph Malaurie, ho. 148 et s

(2) M. Cozian, L'action directe, op.cit., supra note 86 no, 32 et s, J. Nérret, Le sous- contrats th. Paris II, L.G.D.J. 1979, préf catala no. 441, et s.

العكس ينظر اليها على أنها علامة على وجود علاقات تعاقدية بين أعضاء المجموعة العقود على سبيل التوسع. المسلك الأول يعبر عن الاتجاه التقليدى، والذى يرى أن الدعوى المباشرة طريق من طرق الوفاء المبسطة مقترن بامتياز فى صالح المقرر له هذه الدعوى. ولذلك فهى تتميز عن الدعوى غير المباشرة من حيث أن المدعى فى الدعوى المباشرة يختص بثمرة هذه الدعوى على سبيل الاستئثار ودون أن تدخل فى ذمة مدينة، الدائن المتعاقد. لكن هذه الدعوى لا توجد إلا طبقا لنص فى القانون، وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بدفع مبلغ من النقود[١].

ومع ذلك فإن بعض الفقهاء يرى فى الدعوى المباشرة علامة على نشوء علاقات تعاقدية مباشرة بين أطراف العقد الرئيسى والعقد المبرم من الباطن[٢]، وبالتالى فان الدعوى المباشرة يمكن أن يكون محلها ليس دفع مبلغ من النقود فحسب وإنما ايضا تنفيذ العقد ذاته بالرغم من أن المدعى ليس طرفا فيه، فتبعيته لمجموعة عقدية تدور حول موضوع وهدف واحد تكفى لتنزع عنه صفة الغير[٣] هذا الرأى لم يتأكد فى القانون الوضعى الفرنسى[٤].

---

(١) انظر M. Cozian, l'action directe, op.cit., no. 312, L. Aynès, op.cit., no. 148 et S.

(2) J. Nérret, op.cit., no. 378, et S.

وقارن فى مصر استاذنا الدكتور جلال العدوى، اصول الالتزامات الجزء الثانى فى رابطة الالتزام ١٩٨٧ ص ٢٦٢ ومابعدها.

(3) J. Nérret, op.cit., no. 379.

(4) Com. 16 Janv. 1973, B., IV, no. 28, Civ. 3,5 dec. 1972, D. 73 401 note, J. Mazeud, oû la responsabilite du sous traitant envers le maître de l'ouvrage est quasi délictuelle,Civ., 3,7 févr, 1979, Rev. Dr. im 1979, 340, obs. Malinvaud et Boubli.

وتبنت الدائرة الأولى المدنية فى محكمة النقض الفرنسية فكرة المجموعة العقدية والتوسع فى نطاق المسئولية العقدية وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية بكامل هيئتها هذا الاتجاه فى حكم شهير لها صادر فى ١٢/٧/١٩٩١:

J.C.P. 1991. II. 21443 not Viney, D. 1991 somm. 321, obs. Aubert, J.C.P. éd E. II. 218 note Larroumet, D. 1991. 549 Ghestin .

=

ثانيا: الدعوي المباشرة التامة والدعوي المباشرة الناقصة[1] :

هناك بعض أخر من الدعاوى المباشرة أكثر فعالية من الدعاوى السابقة لأنها تعطى للدائن حقاً خاصاً droit exclusif، قاصرا عليه، على ماهو مستحق للمدين فى مواجهة مدين المدين، بحيث أن هذا الأخير لا يستطيع أن يبرىء ذمته إلا بالوفاء بين يد الدائن صاحب الدعوى المباشرة كما أن المدين الأصلى لا يستطيع أن يتصرف فى هذا الحق. وليس للدائنين الآخرين أى حق عليه.

ويعتبر الوقت الذى يتحقق فيه ذلك للدائن الفيصل بين نوعين من هذه الدعاوى: الدعاوى المباشرة التامة، والدعاوى المباشرة الناقصة.

الدعاوي المباشرة التامة: وتعتبر هذه الدعاوى تامة أو كاملة parfaites لأنها أكثر فعالية منذ نشأتها. فحق المدين فى مواجهة مدين المدين قد خصص للوفاء بحق الدائن. فأثر هذا التخصيص، أو التجميد لا يتوقف على ممارسة هذه الدعوى. ومن أمثلة ذلك الدعوى المباشرة للمضرور قبل المؤمن لديه ضد المسئولية (art L. 124-3 C. Ass) ودعوى الدائنين أصحاب التأمينات العينية ضد المؤمن لديه على الشيء محل الضمان (art. L.121-13 C. Ass).

- **الدعاوي المباشرة الناقصة:** وهذه الدعاوى هى الأكثر عددا، مثال ذلك دعوى المقاول من الباطن، ودعوى المؤجر، ودعوى مؤجر السفينة، هذه الدعاوى تعتبر ناقصة imparfaites لأن تعلق حق الدائن بماهو مستحق لدى

- وقد التزمت الدائرة الأولى مدنى هذا المبدأ فى أحكامها التالية انظر :

Civ. 1er 23 juin 1992 , contrat, conc. consomm. 1992 n° 200 obs. Leveneur; 7 juillet 1992 R. J.D.A. 1993 n° 216.

وانظر فى تفصيل أكثر :

Chr. Larroument, Droit civil, Tome 3, les obligations, le contrat, 3ed. 1996, n° 754 p. 847 et 848.

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les obligations, op.cit., no. 662, p. 469, 470.

مدين المدين لايتحقق إلا من الوقت الذى يباشر فيه الدائن دعواه المباشرة. وإلى أن يباشر الدائن هذه الدعوى فإن ماهومستحق للمدين فى مواجهة مدينه يبقى قائما فى ذمته ويمكن أن ينقضى بالوفاء. فالأمر يتعلق إذن بدعوى هشة حيث أن فعاليتها تعتمد فى المقام الأول على سرعة وخفة الدائن بعد مايصبح حقه مستحق الأداء[١]. ومع ذلك فإن القانون قد يحمى صاحب الدعوى المباشرة من الاجراءات او الاتفاقات التى يكون من شأنها احباط فعالية هذه الدعوى قبل أن تمارس[٢].

بعض الفقهاء يرى فى الدعاوى المباشرة بنوعيها طريقا من طرق التنفيذ مقترنة بامتياز[٣]، مما يعطيها، من حيث المبدأ طابعا استثنائيا. ومع ذلك يذهب البعض الآخر إلى أن الدعاوى المباشرة الناقصة تعتبر مرتبطة بوجود مجموعة عقدية، وبالتالى تعتبر نتيجة حتمية لها بطريق التوسع. أما الدعاوى المباشرة التامة وهى ذات أصل قانونى، فهى وحدها تعتبر استثنائية[٤].

---

(١) أنظر نص المادة ١/٥٩٦ مدنى مصرى والتى نصت على أن يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة مايكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر.

(٢) أنظر فى عدم الاحتجاج بالوفاء بالأجرة فى مواجهة المؤجر بعد انذار المستأجر من الباطن، وكذلك عدم الاحتجاج بما يكون قد عجله المستأجر من الباطن من الأجرة للمستأجر الأصلى حتى ولو قبل الانذارمالم يكن هذا التعجيل قد جرى به العرف أو تم تنفيذا لاتفاق ثابت التاريخ وقت الايجار من الباطن (م ٢/٥٩٦ مدنى مصرى)، وأنظر ايضا المادة ٢/٦٦٢ التى أعطت لعمال المقاول الأصلى وعمال المقاول من الباطن وللمقاولين من الباطن بجانب الدعوى المباشرة، حق امتياز وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلى بنسبة حق كل منهم، يتقدموا به على سائر دائني المدين المحجوز عليه بل وعلى من تنازل له المدين المحجور عليه من حقه قبل المحجوز لديه ولو كان هذا التنازل سابقا على الحجز.

(٣) انظر M. Cozian, op.cit., no. 555 et s.

(٤) انظر J. Nérret, op.cit., p. 435 et s.

المبحث الثاني: المقاصة

لنقف على حقيقة الضمان الذى تحققه المقاصة يجب أولا أن نعرض باختصار لفكرة المقاصة، ثم نتكلم بعد ذلك عن مدى الضمان الذى تحققه

المطلب الأول: فكرة المقاصة

لنبلور فكرة موجزة عن المقاصة سنعرض أولا لتعريفها وخصائصها، ثم نبين بعد ذلك أنواعها.

أولا: تعريفها وخصائصها

تعتبر المقاصة فى المدرسة اللاتينية طريقا من طرق انقضاء الالتزام. وتقع المقاصة عندما يكون هناك شخصان كل منهما مدين ودائن للآخر فى نفس الوقت فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما.

فبدلا من أن يفي كل منهما بدينه للآخر، يتقاص الدينان فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض من حقه لدى الطرف الآخر ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى ببعض من دينه بكل حقه، ويتعين عليه الوفاء بما تبقى من الدين، وفاء عاديا. فالمقاصة من هذا الوجه أداة وفاة.

وتظهر الأهمية العملية للمقاصة فى تيسير الوفاء بالالتزام، فهى تحول دون عملية الوفاء المزدوج ومايتطلبه من جهد ووقت ونفقات ومخاطر. ولذلك نجد أن المقاصة قد شهدت تطوراً ملحوظا فى الوقت الحاضر.

كما أن للمقاصة أهمية عملية أخرى لا تقل بحال عن الأولى، فهى تعتبر وسيلة ضمان فعالة حيث أنها تجنب كل من طرفيها مزاحمة دائنى الطرف الآخر فيما لو اضطر الى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بماله على مدينه(١).

---

(1)M. Vasseur, op.cit., p. 107, Mazeaud, droit civil, 2 vol, par chabas, 1978, no. 1145, Ph. Malaurie , L. Aynès, les obligations, no. 672 p. 478.

وكما هو واضح فان المقاصة تعطى للدائن العادى مركزاً قانونيا متميزا يجعله يفلت من مزاحمة باقى الدائنين. هذا المركز القانونى تواجد الدائن فيه مصادفة، فلم يسع اليه لتحقيق ضمان خاص له. وهذا المركز القانونى المتميز للدائن العادى يعد خروجا على مبدأ المساواة بين الدائنين، ولذلك نجد أن المشرع قد استبعدها فى حالة الافلاس،كما سوف نرى فيما بعد.

ثانيا: أنواعها:

نص القانون المدنى على شروط معينة، إذا توافرت وقعت المقاصة بحكم هذا القانون، وهذه هى المقاصة القانونية (م٣٦٢ مدنى) وإلى جانب المقاصة القانونية يوجد نوعان آخران من المقاصة، هما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية.

ويشترط لوقوع المقاصة القانونية أن يكون هناك تقابل بين الدينين، وتماثل فى محلهما، وصلاحية للمطالبة قضاء بكل منهما، واستحقاقهما للاداء، وخلوهما من النزاع، وقابليتهما للحجز. ولاتقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولايجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها. وذلك حماية للمدينين من عسف الدائنين ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ومن الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة (م٣٦٥/٢ مدنى مصرى).

أما المقاصة القضائية فهى المقاصة التى يجريها القاضى باستكمال شرط الخلو من النزاع الذى افتقدته المقاصة القانونية. وتقع المقاصة من وقت الحكم بالمقاصة إذ منذ ذلك الوقت فقط تكون شروط المقاصة القانونية قد توافرت.

أما المقاصة الاختيارية فهى المقاصة التى تقع بالاختيار، بإرادة أحد الطرفين أو بارداتهما معا، وذلك وفقا لما اذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة إحدهما فقط، كأن يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء لعدم حلول الأجل الذى تقرر لمصلحة هذا الدائن فيتنازل عنه ويتمسك بالمقاصة، أو قد قصد به مصلحتهما معا، كأن يكون الأجل مشترطاً المصلحة الطرفين. فيتفقان على النزول عنه لتقع المقاصة بينهما.

المطلب الثاني: مدي الضمان الذي تحققه المقاصة

لتحديد المدى الحقيقى للضمان الذى تحققه المقاصة يتعين أن نعرض أولا، لنطاق المقاصة، ثم بعد ذلك الأثر الافلاس على المقاصة.

أولا: نطاق المقاصة

فى هذا الصدد سنعرض لاتساع نطاق المقاصة، ثم نبين كيف يمتنع وقوع المقاصة إضراراً بالغير.

١- اتساع نطاق المقاصة

تقع المقاصة إذا توافرت شروطها بين دينين موضوع كل منهما نقود أو مثليات متحدة فى النوع والجودة (م ٣٦٢مدنى) وعلى ذلك فالمقاصة لا تقف عند الديون التى يكون محلها نقودا وإنما تمتد الى الديون التى يكون محلها أشياء مثلية متحدة فى النوع والجودة على العكس من ذلك فان المقاصة لا تتصور بالنسبة للالتزامات بعمل أو امتناع عن عمل.

وتجد المقاصة مجالا خصبا للتطبيق على نطاق واسع فى العمليات المصرفية وبصفة خاصة فى الحساب الجارى[١].

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك M Vasseur, op.cit., no. 6 p. 107, et S.

٢- إمتناع وقوع المقاصة إضراراً بالغير:

ويعتبر ذلك من المبادىء الهامة التى تحكم آثار المقاصة بالنسبة للغير، وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للحجز الموقع من الغير، وبالنسبة لحوالة الحق بعد قبولها، وأخيرا النزول عن المقاصة.

أ- إذا وقع الغير حجزا تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائنا لدائنه فلايجوز له أن يتسك بالمقاصة إضرار بالحاجز (م٢/٣٦٧ مدنى مصرى) ولا يبقي لهذا المدين إلا أن يحجز تحت يد نفسه، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول فى اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع[١] .

ب - قبول الحوالة دون تحفظ. إذا توافرت شروط المقاصة القانونية بين دينين، وقام أحد الدائنين بالرغم من ذلك بحوالة حقه الى شخص آخر وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ، إمتنع عليه بعد ذلك التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له، وتعين عليه أن يوفى لهذا الأخير بالحق المحال به، ثم الرجوع على المحيل بماله من حق قبله (م ١/٣٦٨ مدنى مصرى)،. لكن إذا كان نفاذ الحوالة قد تم عن طريق إعلانه بها لا قبوله لها فان هذه الحوالة لا تمنعه من أن يتمسك بالمقاصة (م ٢/٣٦٨ مدنى مصرى)[٢] .

جـ- الوفاء بعد ثبوت الحق فى المقاصة، إذا وفى المدين دينا كان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلايجوز له أن يتمسك إضرارا بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (م ٣٦٩مدنى مصرى) وعلى ذلك إذا كان الموفى بعلم وقت الوفاء أنه له حقا قبل دائنه ووفى بدينه،

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٣ فقرة ٥٥٤ ص ٩٢٩، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٤٣١ ص ٣٧٣.

(٢) السنهورى، الوسيط، ج٣ فقرة ٥٥٥ ، ص٩٣٠، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٤٣٢ ص ٣٧٣.

رغم ذلك فليس له بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة، إذ يعتبر قد تنازل عنها، وبالتالى ليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون وليس له أن يتمسك بالرهن اضرارا بالدائنين التاليين له فى المرتبة[1].

ثانيا: أثر الافلاس على المقاصة

لتتبع أثر الافلاس على المقاصة ينبغى علينا أن نتعرف على القواعد العامة فى هذا الصدد، ثم نعرض لأثر الافلاس على المقاصة فى حالة الديون المرتبطة والحساب الجارى.

١- القواعد العامة

فى هذا الصدد لايشترط أن يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين حتى تقع المقاصة ولكن ينبغى ألا يكون أحد الأطراف فى حالة إفلاس[2].

فلايلزم أن يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين، أى لايشترط أن ينشأ الدينين من نفس الرابطة القانونية، كأن يكون مصدرهما نفس العقد الملزم للجانبين، بل إن إختلاف مصدر الدنيين لايحول دون وقوع المقاصة لكن صدور حكم بشهر إفلاس المدين يحول دون وقوعها [3].

وتبرر هذه القاعدة، بصفة عامة، بفكرة المساواة بين الدائنين التى تهيمن على هذا الموضوع، وذلك على أساس أن المقاصة تسمح بخرق هذه القاعدة.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٣ فقرة ٥٤٧ ص ٩١٦، انور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٤٣٣، ص ٣٧٤، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٦٥ ص ٤٢٤.

(2) Com. 18 oct. 1961. B. III, No. 366.

(3) Ph. Malaurie, L. Aynès, Les obligation, op.cit., no. 674, p. 480, M. Vasseur, op.cit., no.7, p. 107.

فمن الملاحظ أن ذمة المدين تتحدد بيوم صدور حكم بافتتاح إجراءات التصفية، وبالتالى ينبغى ألا تعدل المقاصة من محتواها[١] .

وعلى ذلك فان الشخص الذى يعتبر دائنا ومدينا لآحد التجار فى حالة إفلاس ينبغى عليه أن يدفع بالكامل ماهو مستحق عليه بينما لايدفع له الا جزء من حقه لأنه سيخضع لقسمة الغرماء.

يرد على هذه القاعدة القاسية استثناءان الأول يتعلق بفترة الريبة، أى التى تبدأ من وقت التوقف عن الدفع الى يوم صدور الحكم المعلن لحالة الافلاس، والثانى، والذى تظهر فائدته بالنسبة للمقاصة القضائية، يتعلق بالديون المرتبطة والتى سوف ندرسها فى الفقرة التالية، أما بالنسبة للاستثناء الأول فنجد أن المقاصة القانونية تظل ممكنة أثناء فترة الريبة فيما عدا حالة الغش.

٢- القواعد الخاصة بالديون المرتبطة والحساب الجاري

بالنسبة للديون المرتبطة نجد أنه بالرغم من التسوية القضائية أو التصفية لأموال المدين فإن المقاصة تظل ممكنة بين هذه الديون. والديون المرتبطة هى الديون التى تنشأ عن نفس الرابطة القانونية كحساب أو من نفس العقد، كالعقد الملزم للجانبين، أو حتى من عقدين مختلفين ولكن توجد بينهما رابطة قوية[٢].

وتظهر أهمية هذه القاعدة بصفة خاصة بالنسبة للمقاصة القضائية، فمنذ عام ١٩٦٧ ومحكمة النقض الفرنسية تقرر أنه عندما يكون هناك ارتباط بين

(1) G. Ripert et R. Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, L.G. D.J. 9e éd, 1981, no. 3044.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès, Les obligations, op.cit, no.679, note 65, p. 483; M. Vasseur, op.cit, no.9 p. 108.

الدينين وكان احدهما غير خال من النزاع أو غير مستحق الأداء، فإنه ينبغى على القاضى أن يحكم بالمقاصة بعد أن يفصل فى النزاع أو بعد أن يصبح الدين مستحق الأداء وفى جميع الأحوال يجب أن يكون كل من الدينين محقق الوجود[1] .

أما بالنسبة للحساب الجارى، فى الواقع أنه بصدد هذا الحساب يتحقق نوع من الاندماج بين ديون وحقوق الأطراف فى رصيد نهائى هو الذى يؤخذ فى الاعتبار، والرصيد النهائى هو نتيجة لكل القيود المحاسبية السلبية والايجابية للاطراف، قفل الحساب يعطى بطريقة فورية وآلية هذا الرصيد.

ومن الطبيعى أن إفلاس أحد الطرفين يؤدى الى قفل الحساب الجارى وبالتالى يمتنع إجراء أى قيد جديد سواء فى جانب الأصول أو فى جانب الخصوم ويستخلص رصيد الحساب فى الحالة التى يكون عليها وقت صدور حكم الافلاس ويترتب على ذلك أن يتحدد مركز الطرف المفلس، فإذا كان الرصيد دائنا وجب على الطرف الآخر أن يؤديه الى السنديك، وإذاكان مدينا تقدم الطرف الآخر الى التفليسة مطالبا به ضمن جماعة الدائنين ويخضع فى ذلك لقسمة الغرماء مالم يكن دينه مضمونا بضمان خاص[2] .

ومع ذلك، فإن البنك الذى يرتبط بحساب جار مع العميل المفلس، بالرغم من أنه دائن عادى، يتمتع بمركز متميز حيث أنه يفلت من مزاحمة باقى الدائنين العاديين له نتيجة المقاصة التى تتم بين جميع بنود الحساب فيعفى من الوفاء بالجانب المدين فى الحدود التى يكون دائنا فيها، ويدخل فى

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès , op.cit., note 67 no. 679, p. 483.

(٢) انظر استاذنا الدكتور على البارودى، القانون التجارى الأوراق التجارية، العقود التجارية عمليات البنوك – الافلاس ، منشأة المعارف ١٩٧٥، فقرة ٤٠٨ ص ٤٨٧ .

التفليسة بقدر الرصيد الدائن، فلايتعرض لمزاحمة بقية دائنى المفلس إلا فى حدود هذا القدر وحده[1]. كل ذلك يعد خروجا على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين الذى يقوم عليه نظام الافلاس، ويرجع ذلك الى قاعدة التجديد وعدم التجزئة التى تحكم آثار الحساب الجارى[2].

المبحث الثالث: الحق في الحبس

تمهيد

الحق فى الحبس يعتبر إستجابة طبيعية للفطرة الإنسانية فمن الطبيعى أن أول مايخطر للدائن، إن كان مدينا فى نفس الوقت بأداء شىء لمدينه، هو أن يحبس ما فى يده حتي يقضى له حقه، كما أن الحق فى الحبس يعد استجابة لاعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية، حيث أنه ليس من المقبول أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدى اليه ما التزم به من أداء قبل أن يوفى هو دينه.

ولهذا الأسباب نجد أن الحق فى الحبس يرجع تاريخه الى عهد قديم، الى القانون الرومانى، ففى هذا القانون كان الحائز لعين لايملكها وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالا على حفظها أو فى تحسينها، وأراد المالك أن يسترد العين أعطى البريتور الرومانى للحائز دفعا بالغش (Exceptios doli) يدفع دعوى الاسترداد حتى يستردماصرفه فى حفظ العين وفى تحسينها. ولذلك أعطى هذا الدفع بالغش فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة، وكان له الحق فى استرداد ما انفق[1].

---

(١) انظر استاذنا الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الأوراق التجارية – العقود التجارية عمليات البنوك، الافلاس، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦، فقرة ٥٥٥ ص ٤٩١.

(٢) استاذنا الدكتور على البارودى، المرجع السابق، فقرة ٤٠٩، ص ٤٨٨، ٤٨٩.

ولكن التنظيم القانونى للحق فى الحبس لم يقف عند هذه الفكرة البدهية، وإنما التطور قد صقل هذه الوسيلة وأدى الى بلورة نظام متكامل له فى التشريعات الحديثة.

ولدراسة الحق فى الحبس يجب أن نعرض أولا لفكرة الحق فى الحبس ثم ندرس بعد ذلك مدى مايحققه من ضمان.

المطلب الأول: فكرة الحق فى الحبس

الحق في الحبس يعطي للدائن مركزا قانونيا متميزا

إذا كانت القاعدة أن جميع الدائنين متساوون فى حق الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون، وأنه من المتفق عليه أن هذا التقدم لايكون الا بناء على اتفاق، كالرهن، الرسمى أو الحيازى، أو حكم ، كحق الاختصاص أو نص القانون، كحقوق الامتياز، غير أنه أمكن الخروج على قاعدة المساواة بين الدائنين نتيجة وجود أحد الدائنين فى مركز متميز لم يسع اليه وإنما وجد فيه الدائن مصادفة. فإذا كان القانون يمنح صراحة أحد الدائنين أولوية معينة لصفة فى الدين، كحقوق الامتياز، إلا أنه فى بعض الأحيان يسمح لأحد الدائنين أن يستمد من أمر واقع ضمانا للوفاء بحقه. فالدائن يستمد مركزه من مجرد حبس شىء معين فى ظروف معينة وبشروط معينة، يستمد هذا التميز من موقف سلبى محض، من مجرد الامتناع عن تسليم الشىء.

---

(1) G. Marty, P. Raynaud Droit civil, T. III, V.I, les Sûretés, La publicité financiére, Sirey, 1971, no. 19 p. 13.

وأنظر ايضا السنهورى، الوسيط، ج٢ فقرة ٦٣٦ ص ١١٢٤ ومابعدها.

لذلك يجب أن نقف على ماهية الحق فى الحبس، ثم نعرض بعد ذلك لجوهره.

أولا: تعريفه وشروط استعماله

١- تعريفه

الحق فى الحبس هو الحق المعترف به، فى بعض الحالات، لأحد الدائنين الذى يلتزم بأداء شىء معين فى حوزته بأن يمتنع عن رده حتى يتم الوفاء بحق نشأ له بمناسبة التزامه ومرتبط به.

وقد حاول المشرع المصرى أن يقنن الحق فى الحبس فوضع قاعدة عامة صاغها على النحو التالى، تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى على أنه ١ - لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ٢- ويكون بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ماهومستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع.

والفرض الذى يواجهه هذا النص أن هناك شخصين، أحدهما يحوز أو يحوز شيئا عليه التزام بأدائه للآخر، ونشأ له، فى نفس الوقت، حق قبله بمناسبة التزامه هذا ومرتبط به. النتيجة المنطقية يكون له أن يحبس الشىء الذى التزم بأدائه إلى أن يوفى له حقه، مثال ذلك المودع عنده له أن يحبس الشئ المودع حتى يستوفى ما أنفقه فى حفظه.

وقد أصبح الحق فى الحبس من المبادى المستقرة فى التشريعات الحديثة

بالرغم من خروجه على قاعدة أنه لايجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه "Nul ne peut se faire justice à soi - même" إذ أن القانون الحديث يدين دائما كل محاولة لاقامة العدالة الخاصة. لكن بما أن الحق فى الحبس لا يشكل إلا موقفا سلبيا يتمثل فى مجرد الامتناع عن أداء شىء معين، لذلك فانه لا يمثل فى ذاته أى إخلال بالسلم والأمن فى المجتمع. علاوة على أن إعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية تنهض كأساس قوى لهذا الحق[١].

فالحق فى الحبس يعكس رد فعل طبيعى وعميق لدى الانسان. فالدائن، الذى لم يستوف حقه، لديه قناعة ثابتة بأنه عند ممارسته الحق فى الحبس إنما يباشر نوعا من القصاص العادل. فانه ليس من المقبول أن يعاقب الانسان على سلوك هو أقرب الى حق الدفاع الشرعى منه الى الاعتداء[٢].

٢- شروط إستعماله

وضع المشرع المصرى نظرية عامة فى الحق فى الحبس. ولم يكتف، كما فعلت بعض التشريعات بإيراد تطبيقات خاصة ومتفرقة للحق فى الحبس.

ومناط الحق فى الحبس هو أن يوجد على الحابس التزام بأداء شىء معين وينشأ له حق مستحق الاداء بمناسبة هذا الالتزام ومرتبط به. وعلى ضوء ذلك نجد أن شروط الحق فى الحبس تدور حول مسائل ثلاث: وجود التزام على الحابس بأداء شىء، وحق له مستحق الاداء، وارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشىء.

---

(1) G. Marty, P. Raynaud, op.cit., no. 17, p.13.

(2) N. Catala - Franjou, de la nature juridique de droit de retention, Rev. Trim, dr .civ 1967, no.1 p.11.

– فبالنسبة للشرط الأول وهو وجود التزام على الحابس بأداء الشيء فانه يستوى أن يكون الشيء منقولا، أو عقارا، ويستوى أن يكون الحابس مالكا لهذا الشيء أو غيرمالك له[1]. ولكن يشترط إلا يكون الشيء المحبوس من الأموال العامة أو الاموال التى لايجوز الحجز عليها، كما يشترط الا يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع.

– اما بالنسبة للشرط الثانى، وهو المقابل لشرط الأول، الذى يتعلق بوجود حق للحابس مستحق الاداء فان الحق فى الحبس يمثل وسيلة للضغط لحمل المدين على تنفيذ التزامه ولذلك لزم أن يكون حق الدائن الحابس مستحق الاداء وأن يكون التزام المدين التزاما مدنيا. كما أن الحق فى الحبس يمثل ايضا وسيلة لضمان الوفاء بحق الدائن الحابس ولذلك فانه لايلزم من هذه الناحية أن يكون حق الدائن مقدرا على خلاف المقاصة القانونية، لأن المقاصة طريقة من طرق الوفاء علاوة على كونها وسيلة ضمان. كما أنه لايلزم التناسب بين رقمة الشيء المحبوس وبين قيمة حق الدائن أو الحابس. فيجوز الحبس ولو كان التفاوت بين القيمتين كبيرا[2]، كما يجوز الحبس ولو كان الدائن قد نفذ التزامه تنفيذا جزئيا[3].

– أما بالنسبة للشرط الثالث والأخير، فإنه يلزم وجود إرتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء. هذا الارتباط يمثل المبرر القوى الذى فرضته مقتضيات العدالة لاستعمال الحق فى الحبس. بل أن هذا الارتباط هوالذى يحدد نطاق الحق في الحبس، وعلي ذلك لا يكفي أن يكون للحابس حق في مواجهه المدين حتى يستطيع أن يستعمل الحق فى الحبس وإنما يلزم ان يكون هذا الحق قد نشأ له بمناسبة التزامه بأداء الشيء ومرتبط به.

(١) انظر فى تفصيل ذلك اسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ١٨ ص ٢٢٧ ومابعدها.
(٢) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٤، ص٢٣٥.
(٣) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ٧٧.

فاستعمال الحق فى الحبس يستلزم وجود رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله. وليس من الضرورى أن يكون مصدر هذا الارتباط علاقة تعاقدية بين الطرفين، بل يمكن أن يوجد هذا الارتباط خارج نطاقه أية علاقة تعاقدية. ولذلك لايشترط أن توجد علاقة سببيه بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشىء. وعلى ذلك نجد أن تعبير «.. مترتب عليه بسبب التزام (الحابس) ومرتبط به » الواردة فى نص المادة ١/٢٤٦ مدنى قد تجاوز الغرض الذى قصده المشرع، إذ يكفى أن يكون حق الحابس قد نشأ له بمناسبة التزامه برد الشىء ومرتبط به[1].

هذا الارتباط قد يتخذ إحدى صورتين: الارتباط القانونى أو المعنوى، والارتباط الموضوعى أو المادى. ويقوم الارتباط القانونى أو المعنوى إذا وجدت علاقة تبادلية بين الالتزامين ايا كان مصدر هذه العلاقة. ويقوم الارتباط الموضوعى أو المادى على واقعة مادية هى حيازة الشىء وإحرازه، أى إذا كانت العلاقة بين من فى يده الشىء وبين من له حق استرداده قد نتجت عن مجرد حيازة الشىء أو إحرازه دون أن توجد أى رابطة أخرى، تربط بينهما، كأن ينفق الحائز أو المحرز على الشىء مصروفات ضرورية أو نافعة فيحق له إستردادها، وإما أن يكون قد اصابه من الشئ ضرر يستحق عنه تعويضا.

وفى بعض الحالات يجتمع الارتباط القانونى والارتباط المادى معا. مثال ذلك حبس الوكيل أو المودع عنده للاشياء التى عهدت اليه بحكم الوكالة أو الوديعة الى أن يستوفى ماهو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الأشياء.

---

(١) اسماعيل غانم ، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٣٥، ٢٣٦، هامش ٢.

ثانيا: جوهر الحق في الحبس

يتبلور الحق فى الحبس فى الواقع في الامتناع عن تسليم الشيء، كما أنه يترتب على هذا الامتناع عدة نتائج. ولنقف على جوهر الحق فى الحبس يجب أن نعرض أولا، للامتناع عن تسليم الشيء، ثم نبين بعد ذلك النتائج المترتبة على هذا الامتناع.

١- الامتناع عن تسليم الشيء

أن الحق فى الحبس يستمد وجوده وقوته من السيطرة الفعلية على الشيء. ويترجم الحبس فى الواقع فى الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس الى مالكه أو إلى من له حق فى استرداده، حتى يستوفى ماله من حق نشأ له بمناسبة التزامه برد الشيء ومرتبط به. فالحابس لم يدع أنه يحتفظ بالشيء بصفة نهائية بصفته مالكا، ولكن يحتفظ به بصفة مؤقتة باعتباره دائنا لم يستوف حقه. كما أن الحابس لم ينازع فى ملكية الغير، ولم يظهر بمظهر المالك عليه، إذ بتمسكه بالحق فى الحبس إنما يقر بالتزامه بالتسليم كما يعد ذلك إعترافا منه بعرضية سنده وبملكيه الغير للشيء المحبوس.

والحق فى الحبس يتمثل فى شكل دفع يدفع به الحابس مطالبة المدين له بالتسليم. ومعنى ذلك لايمكن أن نذهب فى التفكير الى حد أن الحابس قد اكتسب حقا من مجرد واقعة الحبس. إذ كيف يتسنى له ذلك مع أنه قد تم بإرادة منفردة لم يعطيها القانون أية خاصية إيجابية. وإستخدام كلمة الحق فى الحبس يرجع إلى أنه بفضل ترخيص القانون يقيت حيازة الحابس مشروعة، بالرغم من أنها مخالفة لالتزامه بالرد وأنها ضد رغبة المالك.

ويترتب على ذلك أن الحبس بذاته لايؤدى الى انقضاء الالتزام فهو امتناع مؤقت يبغى الحابس من ورائه الضغط على المدين لحملة على الوفاء بالتزامه. وذلك على عكس المقاصة التى يترتب عليها إنقضاء الدينين بقدر الأقل منهما.

كما أن الحابس لا يبغى من وراء إمتناعه المؤقت عن تسليم الشىء إلا ضمان الوفاء بحقه الذى نشأ له بمناسبة التزامه بالرد ومرتبط به، فحبس الشىء الذى تحت يده يمثل الوسيلة الوحدة المتاحة لضمان الوفاء بحقه. ولذلك إذا قام المدين بالوفاء بحق الحابس أو حتى قام بعرض الوفاء به عرضا حقيقيا يقبله الحابس أو يحكم نهائيا بصحته فقد حقه فى الحبس سبب وجوده، وبالتالى إنقضى هذا الحق، لكى لا يكفى أن يودع المدين المبلغ المستحق للحابس فى خزانة المحكمة. غير أنه إذا كان حق الحابس غير معلوم المقدار جاز للمدين أن يطلب من القضاء الاذن له فى إيداع مبلغ كاف على ذمة الحابس يستوفى منه حقه عند تقديره ويكون للمدين بعد هذا الايداع اجبار الحابس على تسليم الشئ المحبوس.

ويترتب على أن الحق فى الحبس وسيلة من وسائل الضمان أنه لايقبل التجزئة. كما أن هذا الحق يفقد سبب وجوده أيضا إذا قام المدين بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه (م٢٤٦/١ مدنى مصرى). وكذلك يستطيع الدائن فى هذه الحالة أن يجبر الحابس على تسليم الشىء المحبوس مالم يكن التأمين غير كاف. وقاضى الموضوع هو الذى يفصل عند النزاع، فى مدى كفاية التأمين المقدم من المدين، وليس هناك أى شروط أخرى خاصة بنوع التأمين، حيث أن النص مطلق فيجب أن يجرى على إطلاقه، ولذلك

يستوى أن يكون هذا التأمين تأمينا عينيا، كالرهن، أو تأمينا شخصيا كالكفالة[1].

٢- نتائج هذا الامتناع:

إن الحق فى الحبس لايعطى لصاحبه أية ميزة ايجابية. وأن سلطات الحابس لا تتعدى مجرد موقف سلبى، مجرد الامتناع عن تسليم الشىء - ولذلك فالحابس لاينازع المسترد حقه فى الشىء.. فان كان الشىء مملوكا للمدين، ظل المدين مالكا له رغم بقائه فى يد الحابس، لكن وجود الشىء فى يد الدائن الحابس وتحت سيطرته الفعلية يرتب بعض النتائج ويلقى على عاتقه ببعض الالتزامات.

أ- التزام الحابس بالمحافظة على الشىء المحبوس: يلتزم الحابس طبقا لنص المادة ٢/٢٤٧ مدنى مصرى بالمحافظة على الشىء وفقا لاحكام رهن الحيازة. وتتلخص هذه الأحكام فى أنه على الحابس أن يبذل فى حفظه وصيانته للشىء المحبوس مايبذله الشخص العادى من عناية، فالتزامه إذن هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة، والمعيار فى ذلك بطبيعة الحال معيار موضوعى.

كما أن الحابس مسئول عن هلاك الشىء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع الى سبب أجنبى. فإذا أثبت ذلك تحمل الطرف الآخر نتيجة الهلاك، حيث إن الأصل أن تبعة الهلاك على المالك، وذلك راجع إلى أن حبس الدائن للشىء كان مبررا بعدم دفع المدين ماعليه من التزام. وهذا ما يفسر

---

(١) القانون المدنى الالمانى يستبعد الكفالة من نطاق هذا التأمين، انظر م ٢٧٣، من التقنين المدنى الالمانى.

ايضا أن الحابس لايلزم بتعويض الاضرار الناتجة عن امتناعه عن تنفيذ التزامه.

ومن مقتضى التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس أنه إذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للاحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ مدنى مصرى، ودون أن يعتبر مع ذلك متنازلا عن حقه في يالحبس بل ينتقل هذا الحق الى الثمن (م ٣/٢٤٧ مدنى).

ويترتب على جود الشيء المحبوس تحت السيطرة الفعلية للحابس وبماله عليه من توجيه ورقابة، أن يصبح هو الحارس المسئول عما يحدثه الشيء من ضرر للغير وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية.

ب - التزام الحابس بتقديم حساب عن غله الشيء المحبوس: سبق أن أكدنا أن الحق فى الحبس لايعطى صاحبه أية ميزة إيجابية فليس له حق الأفضلية أو التتبع. كما أنه ليس له أن يستعمل الشيء الذى فى حوزته أو فى حيازته، أو أن يستأثر بكل أو بعض المنافع الاقتصادية لهذا الشيء.

ويترتب على ذلك أنه إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أوغله، فان ما تنتجه يكون من حق مالكها، فإن كل ما للحائز هو حبس تلك الثمار تبعا لحبس الشيء ذاته. وتبعا لذلك يقع على عاتق الحابس إلتزام بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس الى المدين وأن يردها اليه إذا ما أستوفى حقه. وفى هذا يختلف مركز الحابس عن مركز الدائن المرتهن رهن حيازة الذى له أن يخصم ماحصل عليه من ثمار العين المرهونة من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله (م ٣/١١٠٤ مدنى مصرى) وكما أنه ليس على

الدائن الحابس، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة، إلتزام باستثمار الشيء المحبوس إلا إذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشيء ذاته[1].

المطلب الثاني: مدي مايحققه الحق في الحبس من ضمان

لنقف على مدى مايحققه الحق فى الحبس من ضمان يجب أن نقف أولا على المحددات الموضوعية للحق فى الحبس، ثم نحدد بعد ذلك نطاق الاحتجاج به من حيث الإشخاص، أى المحددات الشخصية.

أولا: المحددات الموضوعية للحق في الحبس

الحق فى الحبس يعبر عن موقف سلبى ولايعطى لصاحبه أى ميزة إيجابية، فهو لايعطى لصاحبه أى امتياز على الشيء المحبوس . كما أن الحق فى الحبس يعتبر وسيلة من وسائل الضمان، ووسيلة من وسائل الضغط لحمل المدين على تنفيذ التزامه. ولنر تفصيلا هذه المحددات.

١- الحق في الحبس لايعطي لصاحبه أية ميزة إيجابية: فالحق فى الحبس لا يتضمن أية خاصية إيجابية. فليس لصاحبه حق الأفضلية أو حق التتبع. كما أن صاحبه لا يستطيع أن يستعمل الشيء الذى فى حوزته أو فى حيازته. وبصفة عامة ليس للحابس أن يستأثر بكل أو بعض

---

(١) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٢ ص ٢٤٨، وقارن السنهورى، الوسيط ج٢، فقرة ٥٧٧ ص ١١٨٥، ١١٨٦ انور سلطان، المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص ٨٩، ٩٠ عبدالمنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات، فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى أحكام الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة ١٩٧٣، فقرة ١٨٠ ص٢٠٢.

المنافع الاقتصادية للشيء. ولذلك فان الحق فى الحبس لا يعتبر حقا عينيا[١].

فالميزة الوحيدة التى قررها القانون للحابس هى ميزة سلبية محضة، هى الرخصة فى القول لا لكل من يطالب بتسليم الشيء حتى يستوفى حقه الذى نشأ بمناسبة التزامه بأداء الشيء ومرتبط به، وذلك إذا توافرت شروط معينة.

٢- مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق إمتياز عليه (م٢٤٧/٢ مدني مصري) إن الحق فى الحبس يستمد كل قوته من حيازة الشيء والسيطرة عليه دون أن يثبت للحابس حق إمتياز على الشيء. فليس للدائن الحابس حق الأفضلية أو التتبع، بالمعنى المقصود فى الحقوق العينية التبعية.

وعلى ذلك فليس للدائن الحابس أن ينفذ على الشيء لاستيفاء حق من ثمنه بالأفضلية على الدائنين الآخرين. وإذا قام الحابس بالتنفيذ على الشيء المحبوس بوصفه دائنا عاديا ليس له أن يرفض تسليم الشيء إلى من يرسو عليه المزاد. إذ أن قيامه بإجراءات التنفيذ يتضمن إستعداده لتسليم الشيء. ويقتصر حقه على الدخول فى التوزيع بالاشتراك مع غيره من الدائنين.

ولذلك يكون من الأفضل للدائن الحابس أن يتحصن فى الحق فى الحبس من أن يباشر هو التنفيذ على الشيء المحبوس. فاذا قام غير الحابس من الدائنين بالتنفيذ على الشيء المحبوس، كان له أن يحبسه عن الراسى عليه المزاد حتى يستوفى حقه. وحتى يكون التنفيذ مجديا سيضطر الدائنون

---

(١) انظر عكس ذلك R. Rodière Note sous cass. 1er, civ. 22 Mai 1962, D. 1965, 60 حيث يرى أن الحق فى الحبس أثر من اثار الحيازة وبالتالى لايكون الاحقا عينيا قابل بطبيعته للاحتجاج به فى مواجهة الكافة وأن غياب حق الأفضلية والتتبع لا يعتبر أمرا حاسما

المنفذون إما الى وفاء دين الحابس وإما الى تخصيص جزء من الثمن الذى رسا به المزاد لقضاء هذا الدين، وخاصة إذا كانت قيمة العين المحبوسة أكبر بكثير من دين الحابس. وبذلك يكون الدائن الحابس فى مركز متميز نتيجة الأفضلية الفعلية التى تمتع بها على إثر حبسه للشىء.

كما أن تصرف المدين فى الشىء المحبوس، والحبس لايحول دون ذلك، يخرجه من ملكه، وبالتالى من ضمانة العام. ولذلك لايجوز للدائن الحابس أن ينفذ عليه رغم بقاء الشىء في يده. كما لايستطيع الدائن الحابس، وهو دائن عادي، أن يتتبع الشئ فينفذ عليه بمالة من حق بعد انتقال ملكيته الى المتصرف اليه. لكن كل ماله أن يمتنع عن تسليم العين إلى المتصرف إليه حتى يستوفى حقه كاملا. وقد يضطر المتصرف إليه فى سبيل أن تخلص له الملكية الى الوفاء بدين الحابس، والرجوع بما دفع على المدين المتصرف وفقا للقواعد العامة. وبذلك يكون الحق فى الحبس قد أثمر كوسيلة للضمان وللضغط فى حصول الدائن الحابس على حقه.

٣- الحق في الحبس وسيلة للضمان تتبع قانون الإئتمان: من الخصائص الهامة التى يجب إبرازها، فى هذا الصدد، أن الحق فى الحبس لايقتصر على قانون العقود فحسب وانما يمتد ليشمل كافة الالتزامات غير التعاقدية الأخرى[١]. كما أن الحق فى الحبس يعمل فى الغالب على ضمان الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود، فالحق فى الحبس ليس مقصوداً فى ذاته، وإنما ليعمل على ضمان الوفاء بالتزام معين.

كذلك من المتصور، من الناحية النظرية، ألا يكون التزام الحابس الذى نشأ بمناسبة حق له ومرتبط به، التزاما باعطاء.، بل يمكن أن يكون التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل[٢]. خاصة إذا كان هذا الالتزام أو ذاك متعلقاً بشئ معين.

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط، ج٢ فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٠، ١١٤١.
(٢) انظر N. Catala - Franjou
وانظر ايضا اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص ٢٤٣.

لكن مما تجدر الأشارة إليه أن المشرع المصري قد إستشعر هذه الوظيفة للحق في الحبس فنظمة تحت عنوان إحدي وسائل الضمان، الحق فى الحبس . بل أكثر من ذلك نجد أن المادة ١/٢٤٦ مدني تعطي لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاد به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامة هذا فهذا النص يكشف بجلاء إعتراف المشرع بما لحق الحبس من وظيفة ضمان. فنجده قد أعطي للحابس الخيار بين الحق في الأمتناع عن الوفاء بالتزامه إلي أن يستوفي ماله من حق نشأ بمناسبة هذا الالتزام ومرتبط به، أو الحصول علي تأمين كاف، شخصي أو عيني لضمان الوفاء بهذا الحق فبذلك يكون المشرع قد وضع الحق في الحبس في منزله التأمينات، بالرغم من أنه ليس تأمينا بالمعني الفني الدقيق، لما يجمعهما من وظيفة واحدة وهي وظيفة الضمان[١] .

كما أن هذه الوظيفة تفسر لنا مايتصف به الحق فى الحبس من أنه حق لايقبل التجزئة. فالحق فى الحبس باعتباره وسيلة ضمان لايسقط بقبول الدائن الوفاء الجزئى. كما أنه ليس للمدين أن يطالب الحابس بتسليم جزء من الشىء المحبوس مقابل الجزء الذى وفى به. فاللدائن أن يحبس الشىء كله الى أن يستوفى حقه كاملا.

كما أن هذه الوظيفة تفسر أيضا انقضاء الحق فى الحبس بطريقة تبعية تبعا لانقضاء الالتزام المضمون فلو إنقضى حق الحابس بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة، إنقضى الحق فى الحبس

---

(١) يجب ألا نخلط بين الحق فى الحبس هنا والحق فى الحبس باعتباره احد السلطات التى يخولها الحق العينى التبعى للدائن المرتهن رهن حيازة،ومع ذلك قارن

J.F. Pillebout, Rechèrches sur l'exception d'inexéction. thèse Paris 1971. no. 458, P. 40 et s.

بالتبعية لذلك، وكذلك قد ينقضى الحق فى الحبس بانقضاء الحق المضمون بغير وفاء أصلا كما لو أبرأ الدائن الحابس المدين من الدين أو إذا انقضى الدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى مع ملاحظة أن الالتزام المضمون بالحق فى الحبس لا ينقضى بالتقادم طالما ظلت العين المحبوسة فى يد الحابس لأن ذلك يعد إقرارا ضمنيا بالدين من جانب المدين من شأنه أن يقطع التقادم الخاص به ، وذلك قياساً على نص المادة ٢/٣٨٤ مدنى على الذى ينص على أنه «يعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً له مرهوناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين».

والحق فى الحبس يستمد سبب وجوده وقوته كوسيلة للضمان، من مجرد حيازة الشىء والسيطرة الفعلية عليه. ولذلك نجد أن الدائن الحابس يستمد ضمانه من هذا الواقع. ويترتب على ذلك أن الحق فى الحبس ينقضى فى حالة هلاك الشيء المحبوس لانعدام المحل. لكن إذا كان هذا الهلاك بفعل الحابس كان مسئولا عن تعويض المالك عنه أما إذا كان هذا الهلاك بسبب أجنبى فانه يهلك على مالكه.

ولكن هناك تساؤلا يطرح نفسه وذلك فى حالة ما إذا كان الشىء الهالك مؤمنا عليه، أو كان الهلاك راجعا الى فعل الغير، هل ينتقل الحق فى الحبس الى مبلغ التأمين أو التعويض المستحق فى هذه الحالات؟

غالبية الفقهاء يرون أن حق الحابس يتعلق بمبلغ التأمين أو التعويض طبقا لنظرية الحلول العينى[(١)]. بينما يرى البعض عدم جواز ذلك لأن الحلول العينى لا يستقيم مع الاعتبارات التى يقوم عليها الحق فى الحبس[(٢)].

(١) السنهورى الوسيط، ج٢ فقرة ٦٨٤ ص ١١٩٣، انور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٩٢ عبد المنعم البدراوى المرجع السابق، فقرة ١٨٠ ص ٢٠٤.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٢٢٢.

ونحن نؤيد الرأى الثانى وذلك لأن الحق فى الحبس يستمد من الأمر الواقع، من حيازة الشىء والسيطرة الفعلية عليه، وأن الضمان الذى يعطيه للحابس لا يستند الى حق عينى تبعى وإنما يرجع الى ما تميز فعلى لاقانونى للدائن الحابس على باقى الدائنين خروجا على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين. ولذلك لايجوز القياس على المادة ١٠٤٩ مدنى مصرى والتى تجعل الحق العينى التبعى يتعلق بمبلغ التعويض أو التأمين، لأن وظيفة التأمين العين المستند الى حق عينى تبعى تقتضى التوسع فى نطاق الأفضلية بحيث لا يقتصر على الثمن بل يشمل كل مقابل نقدى للشىء الضامن أيا كانت الصورة التى تمثل فيها(١) ولا محل لهذا فى الحق فى الحبس فهو لايخول الدائن أولوية فى استيفاء دينه(٢).

كما أن خروج العين من يد الحابس خروجا إراديا يؤدى الى انقضاء الحق فى الحبس (م٢٤٨/١ مدنى مصرى) كما لو سلم الشىء الى المالك أو الى خلفه الخاص إذا تصرف المالك فيه أو الى الراسى عليه المزاد عند تنفيذ الدائنين على الشىء المحبوس.

أما إذا كان الشىء المحبوس قد خرج من يد الدائن الحابس خفية أو انتزاع منه رغم معارضته فان الحق فى الحبس لا ينقضى فى الحال. إذ يكون للدائن أن يسترد الشىء ليباشر عليه حقه فى الحبس خلال مدة معينة (م٢٤٨/٢ مدنى مصرى)(٣).

وإذا عاد الشىء الى يد الدائن بعد انقضاء الحق فى الحبس فان حقه

---

(١) انظر شمس الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدنى، الطبعة الثانية ١٩٥٩ فقرة ٣ ص٦٧.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٢٢٣، هامش ١.

(٣) «اذا هو طلب استرداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده وقبل سنة من وقت خروجه».

القديم فى الحبس لا يبعث من جديد إلا إذا كـان الشـىء قد عـاد اليـه لنفس السبب الذى من أجله سبق له احتباسه. أما إذا عاد إليه بسبب آخر، فليس له حبسه إلا لضمان ما على المدين من التزام جديد ناشىء عن هذا السبب الثانى.

٤- الحق في الحبس وسيلة من وسائل الضغط على المدين لتنفيذ التزامه: هذه الخاصية تؤكد كذلك أن الحـق فى الحبـس ليـس حـقا عينيا. فإذا كان الحق فى الحبس أثرا من آثار الحيازة والسيطرة على الشىء إلا أن ذلك لايعد بذاته دليلا على كونه حقا عينيا. فالحابس قبل أن يستخدم هذه الوسيلة من وسائل الضغط لم يكن على الاطلاق صاحب حق عينى على الشىء المحبوس، فهو لم ينازع فى ملكية الغير، ولم يظهر بمظهر المالك عليه بل على العكس بتمسكه بالحق فى الحبس فانه يقر بالتزامه بالتسليم. كما أن ذلك يعد اعترافا منه بعرضية سنده وبملكية الغير له.

فالحابس لم يدع أنه يحتفظ بالشىء بصفة نهائية بصفته مالكا له ولكن يحتفظ به بصفة مؤقتة، بإعتباره دائنا لم يستوف حقه. وعلى ذلك لا يمكن أن نذهب فى التفكير الى حد أنه اكتسب حقا من مجرد واقعة الحبس، إذ كيف يمكن ذلك مع أنه قد تم بإرادة منفردة لم يعطها القانون أية خاصية إيجابية، علاوة على ذلك يمكن إعتبار أن سند الحيازة، الذى كان اتفاقيا، أصبح فجأة قانونيا، حيث أنه بفضل ترخيص القانون بقيت هذه الحيازة مشروعة بالرغم من أنها ضد رغبة المالك[١] ومخالفة لالتزامه بالرد.

فامتناع الحابس عن تسليم شىء من الواجب الوفاء به حتى يستطيع أن يستوفى حقا نشأ له بمناسبة التزامه هذا ومرتبط به يعد وسيلة ضغط لحمل

(1) N. Catale - Franjou, op.cit., no. 2p.13.

المدين على الوفاء بهذا الحق[1]. فنتيجة لممارسة هذا الضغط الاقتصادى والنفسى يعد الحق فى الحبس طريقا خاصا من طرق التنفيذ، مما جعل طبيعته ونطاقه محلا للمنازعة من جانب بعض الفقهاء، وإن كانت فعاليته خارج نطاق كل شك أو نقاش.

فالحق فى الحبس وسيلة خاصة لضغط، محاولة فظة من جانب الدائن للحصول على حقه بنفسه، ولذلك لم يمنح هذا الحق بطريقة مطلقة وبدون قيد أو شرط وإنما أحيط بشروط معينة تحقق الغرض منه وتمنع ماقد ينشأ عنه من سلبيات.

وحيث أن الحق فى الحبس وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه، وطريق خاص من طرق التنفيذ لذلك لزم أن يكون لدائن الحابس حق محقق الوجود مستحق الأداء. كما أنه لزم أن يكون التزام المدين التزاما مدنيا ولذلك لايجوز الحبس لحمل المدين على تنفيذ التزام طبيعى لأن فى ذلك إجبار بطريقة غيرمباشرة على تنفيذ التزام لا جبر فى تنفيذه لانتفاء عنصر المسئولية عنه.

ثانيا: المحددات الشخصية للحق في الحبس

إذا كان ليس هناك خلاف على أن الحق فى الحبس يتمثل أساسا فى رخصة للدائن فى أن يمتنع عن تسليم الشىء المحبوس حتى يستوفى ماله من حق، وأن هذا لايعطى لصاحب أية ميزة إيجابية فليس له حق الأفضلية أو التتبع، فالتساؤل البديهى الذى يطرح نفسه هو: على من يستطيع الحابس أن يحتج إذن بهذا الامتناع؟ هذه هى مشكلة الاحتجاج بالحق فى الحبس.

(١) أنظر بصفة خاصة

Ph. Gerbay, Moyens de pression privés et exécution du contrat, Thèse Dijon, 1976.

ولتحديد نطاق هذا الاحتجاج من حيث الاشخاص فإن هناك تفرقة بديهية، تفرض نفسها، بين الخلف العام والدائن العادى من ناحية وبين الخلف الخاص من ناحية أخرى، وأخيراً نعرض لمشكلة المالك غير المدين.

١- مدي الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة الخلف العام والدائن العادي: فكما أن للدائن الحابس أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة المدين الذى يطالب بتسليم الشىء، فإنه له كذلك أن يحتج بهذا الحق فى مواجهة خلفه العام ودائنيه العاديين، إذ ليس للخلف العام أو الدائن العادى، أيا كان تاريخ دينه أكثر مما كان للسلف أو المدين من حقوق.

لكن مما تجدر ملاحظته أن الاحتجاج بحق الحبس على الدائنين العاديين لايعنى أن للدائن الحابس أن يمنعهم من التنفيذ على الشىء المحبوس فى يده، لأن الحبس لايجرد المدين من ملكيته لهذا الشىء، وبالتالى لايخرجه من الضمان العام للدائنين فى الواقع أن المقصود بالاحتجاج بالحق فى الحبس على الدائنين العاديين هو أن للدائن الحابس أن يمتنع عن تسليم الشىء حتى بعد قيام الدائنين الآخرين بالتنفيذ فيكون له بالتالى أن يمتنع عن تسليم الشىء الى الراسى عليه المزاد الى أن يقضى له حقه كاملا. وهذا يكشف عما يتمخض عن الحق فى الحبس من مركز متميز للدائن الحابس بالنسبة لباقى الدائنين كما يكشف عن جوهره باعتباره وسيلة ضمان قوى فى الوقت الحاضر[١]

٢- مدي الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة الخلف الخاص للمدين: والخلف الخاص للمدين هو من تلقى من المدين ملكية العين

---

(١) قارن ماللحق فى الحبس من قوة بالنسبة للتأمينات العينية فى ظل قانون الافلاس الصادر فى فرنسا فى ٢٥ يناير ١٩٨٥ انظر

Ph. Malaurie L. Aynès , les sûretés op.cit., no. 412, p.128.

المحبوسة أو حقا عينيا عليها، كالمشترى والدائن المرتهن أو صاحب حق الانتفاع. وقد سبق أ رأينا أن الحق فى الحبس لا يعطل حق المالك فى التصرف فى ملكه فله أن يبيع العين وهى محبوسة فى يد الحائز وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق إنتفاع أو حق إرتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية[1].

أما بالنسبة لمعرفة مدى الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة الخلف الخاص فان الأمر يقتضى التفرقة بين الحبس المبنى على الارتباط الموضوعى أو المادى بسبب انفاق مصروفات على الشىء ذاته، وبين صور الحبس الأخرى.

فبالنسبة للحبس المبنى على الارتباط الموضوعى بسبب إنفاق مصروفات على الشىء ذاته يحتج به على الكافة، إذ أن انفاق المصروفات قد أفاد الشىء ذاته ومتجسد فيه، فيكون من المنطقى أن يتمسك الحابس بحقه فى الحبس فى مواجهة كل من يطالب باسترداد هذا الشىء. ويستوى فى ذلك أن يكون الشىء من المنقولات أو من العقارات، كما يستوى أن يكون حق الخلف الخاص قد ثبت قبل ثبوت الحق فى الحبس أم بعده، فالحابس يعتبر دائنا بهذه المصروفات فى مواجهة كل من يطالب باسترداد الشىء المحبوس.

- أما فى الصور الأخرى فى الحبس، فنفرق بين ما إذا كان الشىء المبحوس عقارا أو منقولا.

فاذا كان الشىء المحبوس **عقارا**، فإن من تلقى ملكية هذا الشىء أو أى حق عينى آخر عليه يجب عليه أن يشهر حقه حتى يستطيع أن يحتج به فى مواجهة الكافة. وعلى ذلك فعلى المشترى أن يقوم بتسجيل حقه، وعلى

---

(١) أنظر السنهورى، الوسيط، ج٢، فقرة ٦٧٤ ص ١١٨٠.

الدائن المرتهن أن يقيد هذا الحق. فاذا كانوا قد شهروا حقوقهم على هذا النحو قبل أن يثبت للحائز حق فى حبس العين، فإن الحق فى الحبس لا يسرى فى مواجهتهم، وبالتالى لايستطيع الدائن الحابس أن يحبس عنهم العين. وإن كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق فى حبس العين فإن هذه الحقوق العينية لا تنفذ فى حق الحابس. وبالتالى يستطيع الدائن أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة المشترى والدائن المرتهن أو أي صاحب حق عينى آخر، حتى يستوفى حقه، وهذا بديهى حيث أنه ليس للخلف الخاص من الحقوق أكثر مما كان للمدين وقت أن تلقى الحق عنه، ولم يكن للمدين أن يستلم الشىء المحبوس الا بعد أن يوفى للدائن الحابس ماله. علاوة على ذلك فان فى وجود الشىء فى يد الدائن الحابس إعلانا كافيا فلا يقبل من الغير أن يدعى جهله بالعلاقة القائمة بين الدائن الحابس والمدين[١].

وهذه التفرقة يفرضها المنطق القانونى السليم. حيث أنه لو سمح للحابس بأن يحتج بحقه فى مواجهة الخلف الخاص، الدائن المرتهن مثلا، ولو كان حقه سابقا ونافذا قبل نشوء الحق فى الحبس لأدى ذلك إلى الاخلال بالثقة الواجبة فى نظام الائتمان[٢]. إذ يترتب عليه تخويل الدائن الحابس أفضلية فعلية على الدائن المرتهن لايتمتع بها من يقرر له رهن على العقار بعد قيد الرهن الأول، كما أن تضييق نطاق الاحتجاج بالحق فى الحبس الى حد قصره على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين، دون الخلف الخاص من شأنه أن يفقد الحق فى الحبس قيمته العملية، إذ يكفى لكى يتخلص المدين من آثار الحبس أن يقرر على الشىء حقا للغير فيسلب الحائز حقه فى الحبس.

---

(١) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص٢٥١.

(٢) انظر عكس ذلك عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٧٦ ص ١٩٩.

أما إذا كان الشيء المحبوس **منقولا**، فان الحق فى الحبس يسرى فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس، ويسرى كذلك فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذاكان الحابس حسن النية أى لا علم له بهذه الحقوق لأن الحبس يتضمن الحيازة، والحيازة بحسن نية فى المنقول لها هذا الأثركما هو معروف[1].

٢- **مشكلة المالك غير المدين:** تعرض هذه المشكلة عندما لايكون المدين مالكا للعين المحبوسة ويطالب المالك باستردادها فهل يجوز للدائن الحابس أن يحتج بحقه فى الحبس على المالك غير المدين بالحق الذى يطالب به؟

مثال ذلك أن يكون الشيء تحت السيطرة الفعلية لشخص آخر غير المالك ويسبب هذا الشيء ضررا للغير، فسيكون المسئول عن تعويض هذا الضرر هو الحارس طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية، وعلى ذلك هل يجوز للمضرور أن يحبس الشيء فى مواجهة المالك وهو ليس مدينا بشيء، إذ طالب باسترداده؟ ومثال آخر من القضاء الفرنسى تتلخص فى وقائعه فى أن هناك حارسا على منقول قد تم تعيينه من قبل القضاء حتى الفصل فى النزاع بين شخصين على هذا المنقول. وقد حكم بملكية هذا النقول لاحدهم، بينما حكم على الآخر بمصاريف الحراسة، فعندما طالب المالك باسترداد المنقول كان الثانى يرفض دفع ماعليه من دين للحارس، فاضطر الحارس الى رفض التخلى عن المنقول لمالكه حتى يضمن الحصول على حقه بالرغم من أن هذا المالك ليس مدينا له بشيء. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف،

---

(٣) انظر السنهورى، ج٢، فقرة ٦٧٤ ص ١١٨٠.

وذلك على اعتبار أن للحابس أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة المالك رغم عدم مسئوليته عن الدين[1].

بالنسبة لموقف الفقه من هذه المشكلة فقد كان هناك بين الفقهاء من يرى إمكانية الاحتجاج بالحبس فى مواجهة المالك برغم عدم مسئوليته الشخصية عن الدين الذى يطالب به الحابس[2]. وعندما صدر الحكم السابق لمحكمة النقض الفرنسية قد أيده بشدة بعض الفقهاء وذلك على أساس أن الحق فى الحبس حق عينى يمكن الاحتجاج به على الكافة[3]. بينما ارجع بعض الفقهاء الاحتجاج المطلق بالحق فى الحبس الى أنه يعتبر وصفا يلحق بالالتزام، نوعا من الأجل القانونى يوقف تنفيذ الالتزام بالتسليم الى وقت غير معين – فالالتزام بذاته قد لحقه تعديلا كأثر القانون ولارادة الحابس. هذا التعديل غير الاتفاقى لحق الالتزام ذاته بطريقة موضوعية وبصرف النظر عن المستفيد. هذا الإرجاء لاستحقاق الالتزام ينفذ فى حق كل من يطالب بالوفاء به[4]. كما أن هناك الارتباط الموضوعى بين حق الحابس والشىء المحبوس. والحق فى الحبس دفع قابل للاحتجاج به فى مواجهة الكافة لان فعالية الضمان الذى يقدمه هذا الحق مرتبط بهذا الاحتجاج[5].

فى مصر يذهب الفقه الى عدم جواز الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة المالك غير المدين. فلا يجوز للمضرور أن يحبس الشىء إلا فى مواجهة الحارس. أما المالك وهو ليس مدينا بشىء، فلايحتج عليه

(1) Cass. Civ. 1er 22 Mai 1962, Bull, 1962, I, p.231.
(2) Derrida, Encycl, Dalloz, V. Droit de retention, no.81.
(3) Cass Civ, 1er 22 Mai, 1962, D. 1965 , 58 note R. Rodière
(4) N. Catala - Franjou, op.cit, no. 23, p.38.
(5) N. Catala - Franjou, op.cit., no.23, p.39.

بالحبس[1] . كما أنه ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بماله من حق فى ذمة المقاول الأصلى مادم المالك ليس مدينا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الأصلى[2] .

ونحن نرى أنه يجوز الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة المالك غير المدين للحابس، وذلك لأن الدفع بالحبس، كما هو واضح فى هذه الأمثلة، مبنى على الارتباط الموضوعى أو المادى بين دين الحابس والشىء المحبوس.

(١) اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١٣ ص ٢٥٠.

(٢) السنهورى، الوسيط، ج٢ فقرة ٦٧٤ ص ١١٨١ هامش ٢.

الفصل الثاني

المراكز العقدية المتميزة

تمهيد وتحديد:

نقصد بالمراكز العقدية المتميزة الضمانات التى تنشأ عن علاقات تعاقدية عادية خارج نطاق التأمينات العينية والشخصية. والقاسم المشترك لهذه الضمانات أنها وسائل قانونية تهدف إلى حماية الدائن من مخاطر إعسار مدينه. ويجمع بين هذه المراكز والمراكز القانونية المتميزة أن الدائن فى كل منهما يبقى دائنا عاديا بالرغم مما يتمتع به من ضمان يوقيه خطر إعسار المدين، خروجا على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين.

وهذه الضمانات تنشأ إما من توظيف وسائل تقليدية فى نظرية الالتزامات والعقود، كالانابة الناقصة، وحوالة الحق، والتأمين، وإما نتيجة إبتكار وسائل جديدة مرتكزة ايضا على أدوات ونظم نظرية الالتزامات، كالالتجاء إلى الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل بهدف حماية الدائن وضمان الوفاء بحقه. وقد يتم الالتجاء إلى ضمان الغير حتى يتمكن الدائن من الحصول على حقه، ولانقصد بذلك الكفالة، ولكن وسائل أخرى غير تبعية، مثل شرط الضمان بمجرد الطلب، وخطابات النوايا ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

المبحث الأول: توظيف بعض الوسائل التقليدية

وفى هذا الصدد سنعرض للوسائل التقليدية التى لجأ إليها العمل لتوظيفها فى تحقيق نوع من الضمان للدائن ضد مخاطر إعسار مدينه، كالانابة الناقصة، وحوالة الحق على سبيل الضمان، ثم للتوظيف الحديث للتأمين كأداة للضمان.

المطلب الأول: الانابة الناقصة

للوقوف على وظيفة الضمان التى تحققها الإنابة الناقصة ينبغى علينا أن نلقى الضوء على فكرة الانابة الناقصة، ثم بعد ذلك نبين مدى ماتحققه الانابة الناقصة من ضمان.

أولا: فكرة الانابة الناقصة

ولإعطاء فكرة واضحة عن الانابة الناقصة ينبغى علينا أن نعرض لكيفية تحققها، ووظائفها، وذاتيتها.

١- كيف تتحقق:

الانابة الناقصة نظام قانونى تقليدى فى نظرية الالتزام يرجع أصله إلى القانون الرومانى[1]، والانابة الناقصة تفترض وجود ثلاثة أطراف، الدائن، (المنيب لديه) والمدين الأصلى (المنيب) والمدين الآخر (المناب).

فالانابة عمل قانونى به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبى يلتزم بوفاء الدين مكانه (م ٣٥٩ مدنى مصرى). وعلى ذلك نجد أن هناك مدينين يلتزمان بمقتضى رابطتين مختلفتين، أمام الدائن بكل أو بجزء من الدين. كما أن المناب يلتزم فى مواجهة الدائن بعقد ملزم لجانب واحد.

والسبب فى أن الانابة هنا ناقصة يرجع إلى أن الدائن (المناب لديه) لم يبرىء صراحة مدينه (المنيب) من التزامه بل يقبل المناب كمدين آخر. فيكون له مدينان عوضا عن واحد[2].

---

(1) Gide, Etude sur la novation et le transport des créances en droit remain, Paris, 1879, et s.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 325, p.105.

٢- وظائفها

للانابة فى نظرية الالتزام وظائف تقليدية مالبث العمل أن وظفها على نطاق واسع لتحقيق وظيفة أساسية وهى الضمان. ولنعرض لذلك فى الفقرات التالية:

أ- الوظائف التقليدية:

تقوم الانابة بعدة وظائف: فقد تقوم الانابة بدور الوفاء البسيط بالالتزام un paiment simplifié وذلك عندما يكون المنيب (المدين) دائنا للمناب (الاجنبى) فيرتضى هذا الأخير الانابة ليقضى عن طريقها هذا الدين.

وقد يقصد من الانابة التبرع بقيمة الدين من جانب المناب للمنيب. وهذه تعتبر هبة غير مباشرة تخضع للقواعد الموضوعية للهبة. ويترتب على ذلك أنه ليس للمناب أى رجوع بقيمة مادفعه على المنيب.

وقد يقصد من الانابة إقراض المنيب قيمة الدين. ويتم ذلك بأن يقوم المناب بدفع مبلغ القرض مباشرة الى المناب لديه (الدائن).

غير أن الوظيفة الأساسية للانابة هى أنها تعطى للدائن ضمانا قويا بأن يكون له مدينان بدلا من مدين واحد.

ب- إتساع نطاق الانابة الناقصة كأداة للضمان:

سوف نتعقب هذه الوظيفة فى التشريعات الحديثة فى فرنسا وماجرى عليه العمل سواء فى مجال المعاملات الداخلية أو فى مجال التجارة الدولية.

– فى التشريعات الحديثة فى فرنسا إستخدمت الانابة كوسيلة للضمان من ذلك مثلا قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ والخاص بالمقاولة من الباطن – وقد فرض هذا القانون على المقاول الأصلى أن يعطى للمقاول من الباطن ضمانا

(م١٤) . وقد سمح له أن تحل الانابة الناقصة لرب العمل فى مواجهة المقاول من الباطن محل الكفالة البنكية – مثال ذلك أن «أ» يكلف «ب» كمقاول عمومى ببناء مستشفى، على أن تكون قيمة العمل الاجمالية ٥ مليون جنيه مثلا . ثم يقوم «ب» بعد ذلك بالتعاقد من الباطن على جزء من العمل (الخاص بالكهرباء مثلا) مع مؤسسة متخصصة «جـ» بمبلغ قدره مليون جنيه . وهنا يستطيع «جـ» أن يحصل من «ب» علاوة على الدعوى المباشرة فى مواجهة «أ»، على كفالة بنكية لضمان الوفاء بقيمة الأعمال التى يقوم بها . هذا الضمان البنكى يمكن أن تحل محله الانابة، بأن يلتزم «أ» بأن يدفع الى «جـ» المبلغ المستحق فى مواجهة «ب» (مليون جنيه) . ويترتب على ذلك أن الانابة تعطى لـ جـ مدين ثان وهو أ . وتتميز الانابة عن الدعوى المباشرة فى هذا الصدد بأنها تجعل رب العمل «أ» مدينا **فى الحال** للمقاول من الباطن **بطريقة مستقلة** .

كما أنه من الشائع فى العمل أن المفترض من أجل كسب ملكية عقار مؤجر ينيب المستأجرين لدى المقرض لدفع مبلغ القرض كما أن الانابة تتدخل لتسمح للمؤسسات بالاستثمار، مثال ذلك أن تقوم المؤسسة المتخصصة فى مواد المعلومات بانابة المؤسسة المستأجرة لهذه المواد لدى المؤسسة الممولة لامتلاك أو إستثمار هذه المواد .

فى مجال التجارة الدولية:

التطبيق الأول حديث ومأخوذ من حكم محكمة باريس فى ٣١ مايو ١٩٧٩[1] . وهذا التطبيق يتعلق بقضية معقدة . ويكفينا أن نشير إلى أن وقائع

(1) Cour de Paris (15e ch. B) 31 mai 1979, D. 1980. 426 note Parleani.

هذه القضية تتلخص فى أن مجموعة ذات مصلحة إقتصادية مشتركة، تضم عددا من الاعضاء المهنيين من نفس الطائفة، تعطى للاعضاء المنضمين لها ضمانا ضد إعسار المتعاملين معهم بشرط أن يكون هذا الاعسار قد تقرر بحكم قضائى. وهذا الضمان الممنوح فى بادىء الأمر من الاتحاد المركزى لاعضائه مخصص لتحويله فى مرحلة لاحقة إلى البنك الممول عن طريق تصرف بالانابة "un acte de délégation". وهذا التصرف بالانابة تنص عباراته على أن العضو المستفيد من الضمان ينيب الاتحاد المركزى لدى البنك. ثم حدث أن هناك شركتين أعضاء فى الاتحاد المركزى وعملاء لأحد البنوك وهو "La Discount Bank" قد وقعتا «تصرف إنابة» لصالح هذا البنك من أجل ضمان إسترداد المبالغ التى يمكن أن تستحق له بسبب تدخله فى تمويل العمليات التى تقوم بها هاتان الشركتان مع عملائهم فى الخارج. بعد ذلك قد نشأت منازعة بين البنك المستفيد من الانابة والاتحاد المركزى. فى حقيقة الأمر أن الأنابة المبرمة كانت عباراتها ليست على درجة كافية من الوضوح مما حدا بالمعلق على الحكم أن يستنتج تكييفا آخر للتصرف بأن اعتبره اشتراطا لمصلحة الغير. أيا كان الأمر فإن الحكم له دلالته فى بيان التوسع الحديث للانابة وفى مجال التجارة الخارجية.

علاوة على ماتقدم فان للانابة مجالا آخر للتطبيق الحديث فى نطاق العلاقات الدولية فى مجال ماهو مصطلح على تسميته بالتمويل المالى للمشروعات الصناعية الدولية، مايسمى بالانجليزية "project financing" وبالفرنسية "Les financements de projets industriels internationaux" والذى يعرف تحت تسمية أخرى التمويل دون رجوع "Les financements sans recours".

فى نطاق هذه العمليات قد تم بناء وتمويل وتشغيل حقول بترول بحر الشمال، وكذلك حقول البترول الواقعة بالقرب من شواطىء ساحل العاج. وبالمثل قد تم تمويل وتشغيل مصنع المنيوم فى استراليا بواسطة شركة Péchiney (مشروع TOMAGO) . كما سيكون الأمر كذلك، ولكن طبقا لمعطيات مختلفة بعض الشيء، بالنسبة لتمويل وتشغيل مصنع إنتاج الزجاج فى البرازيل بواسطة SAINT GOBAIN - PONT -à- Mousson

وقد تم تعريف المشروع بأنه تمويل الوحدة إقتصادية على أساس تخصيص الموارد المالية المستقبلة لضمان خدمة القروض الممنوحة، وتغطية تكاليف العليات بالاضافة الى عائد عادل لرأس المال هذا الموضوع يثير الكثير من المشكلات[1]، ولكن يكفى لالقاء الضوء عليه توضيح الفكرة الأساسية التى يقوم عليها. وتنطلق هذه الفكرة من أن مجمع بنوك التمويل le pool bancaire de financement" يقبل تمويل المشروع على أساس وحيد وهو العائد المستقبل، كأن يتعلق الأمر بالالومنيوم التى ستنتج مثلا. فالبنوك فى مواجهة نفقات التمويل الضخمة تقبل أن تعطى قروضا دون رجوع على المقترض، على أن يتم استرداد هذه القروض عن طريق المنتج المباع (الالومنيوم مثلا).

هذه العمليات لا تتم دون مخاطر بالنسبة للنبوك. ولذلك فإن هذه البنوك تعمل جاهدة على توقى هذه المخاطر. وبهذه المناسبة نجد أن أحد

(1) Cf. Aline Grenon, Project financing, revue "Droit et pratiques du commerce international" 1980, p.189 et s, Sarmet, les financements internationaux de projets en Europe, Banque, 1980, p.183; Chantal d'Auvigny - Lambard et François, Risques et garanties de financements internationaux de projets dans les pays en voie de développement, Banque, 1980, p.1361.

المتخصصين فى مثل هذه العمليات Aline Grenon، قد كتب أنه بالنظر إلى الطريقة المستخدمة، فان فكرة مايمكن إعتباره مكونا لضمان قد تغيرت حيث أن ضمانات تمويل المشروع، وذلك خلافا للتمويل التقليدى، ستكون غالبا غير مباشرة[1].

وقد تأخذ الضمانات غير المباشرة أشكالا متعددة منها، رقابة البنوك المفوضة بالدفع للموردين والمقاولين لحساب المقترض، لتخصيص الائتمان فى المشروع، أو الاشراف بواسطة خبراء فنيين معينين من قبل البنك على تنفيذ المشروع، أو الرقابة من أجل منع أو تخفيض التجاوزات فى الاسعار وكذلك الامكانية المتاحة للبنوك فى أخذ المشروع فى يدها فى حالة ما إذا أخل المدين بالتزاماته فى مواجهتهم. كما أن هناك شروطا مخصصة أساسا للنص على النيابة للبنوك فى عقود بناء المصنع أو عمليات التنقيب، بحيث تستطيع البنوك فى حالة الاخلال أن تنهى المشروع ثم تقوم بعد ذلك إما ببيعه وذلك لاسترداد المبالغ المقرضة بقدر المستطاع، وإما بتشغيله وذلك لتحقيق عائد ضرورى يسمح باسترداد المبالغ المقرضة.

علاوة على هذه الضمانات غير المباشرة فإن هناك التأمينات التقليدية، كالرهن الرسمى أو الحيازى، لكن هذه التأمينات لا تحقق فى الغالب الغرض منها. فبالنسبة لمجمع البنوك يعتبر الرهن الرسمى على مصنع المنيوم فى استراليا غير مجد بدرجة كبيرة. بالإضافة إلى ذلك فإن هذا المجمع لديه إنابة بحقوق المقترض فى عائدات المشروع وعلى حساباته البنكية التى تصب فيها دخوله وإيراداته.

هذه الانابة تشكل حجر الزاوية فى نظام تمويل المشروعات "projets

---

(1) Aline Grenon, op.cit., p.90.

"financing". فمثلا نصادف بمناسبة إنشاء مصنع الزجاج فى البرازيل بواسطة "Saint - Gobain - Pont - à- Mousson" فى العقد الذى سمى صراحة عقد انابة "Contrat de délegation" شرط ينص على أن يطلب المقترض، بطريقة غير قابلة للرجوع فيها، من المشترين للزجاج بالدفع مباشرة إلى البنوك المبالغ المستحقة من عقود التموين وذلك فى الحدود التى تعادل مبلغ الإئتمان الممنوح ... وأن هذه الانابة تعتبر انابة ناقصة...، وأنه يمتنع على المشترى الالتجاء إلى أى دفع من الدفوع للتخلص من إلتزامه قبل البنوك.

وتعد الانابة فى القانون الفرنسى كافية فى ذاتها لتحقيق هذا الضمان. أما فى قوانين بعض الدول فانها تحتاج إلى مايعززها. ففى قانون بعض الولايات فى الولايات المتحدة الأمريكية، نجد أن الانابة فى الدخولdélégation des revenus، والانابة فى الحسابات البنكية délégation des comptes bancaires يمكن أن تأخذ شكل تأمين عينى، إذ هى سجلت باعتبارها إتفاق ضمان "security agreement" تطبيقا للمادة ٩ من تقنين التجارة الموحد فى الولايات المتحدة. وفى القوانين الانجلوسكسونية يسمح بإنشاء إتحاد تصب فيه كل الدخول والإيرادات لحساب البنوك. وبهذه الطريقة تضمن البنوك استردادها لحقوقها [١].

والالتجاء إلى الانابة كضمان فى نظام تمويل المشروعات معروفا منذ زمن بعيد. ففى عام ١٨٥٦ قد تم الالتجاء إلى هذه الوسيلة عند تمويل مشروع قناة السويس. كما أنه يلجأ اليها عادة فى تمويل المشروعات البحرية وكما هو واضح فان الانابة تعتبر ضمانا غير مباشر له قيمته فى الوقت

(1) M. Vasseur, les garanties indirectes du bancquier, in Revue de juris. com, févr 1982, p.114.

الحاضر. وهذا مايدفعنا إلى متابعة دراستها من حيث ذاتيتها ومدى ما تحققه من ضمان.

٣- ذاتيتـها

فى هذا الصدد يجب أن نميز بين الانابة الناقصة وغيرها من الأنظمة القانونية التى يمكن أن تختلط بها.

أ- الانابة الناقصة وتعيين جهة الدفع: تشتبه الانابة الناقصة وتعيين جهة الدفع من جانب المدين (م١٢٧٧ مدنى فرنسى) من حيث أنه يسمح باجراء الوفاء البسيط. لكن تتميز الانابة عن تعيين جهة الدفع بسمة أساسية وهى أن المدين المعين لايصبح ملتزما شخصيا فى مواجهة الدائن، فهو لم يأخذ على عاتقه أى تعهد فى مواجهته. كما أن الدائن لايملك ضده أى حق. فالدائن لايستطيع الرجوع عليه لمطالبته الوفاء. فاذا قام المدين المعين بالوفاء للدائن فإنما هو يقوم به بصفته نائبا عن المدين الأصلى (م٣٢٣/١ مدنى مصرى) بطبيعة الحال يمكن أن يتحول تعيين جهة الدفع إلى أنابة إذا أخذ المدين المعين على عاتقه الوفاء وقبل الدائن ذلك(١).

ب- الانابة وحوالة الحق: الفيصل بين إنابة وحوالة الحق هو التعهد من جانب المناب وقبوله من جانب المناب لديه.

ففى حوالة الحق المدين المحال عليه له دور سلبى، حيث الأمر يقتصر على مجرد تغيير الدائن. ويكفى الدائن أن يعلن المدين بحوالة الحق حتى

---

(١) انظر فى تعيين جهة الدفع فى القانون الفرنسى

Ph. Malaurie, L. Aynès les obligations op.cit., no. 791, p. 565.

وانظر ايضا فى تطبيق حديث له هامش ١٠٥ ص ٥٦٥. وتنص المادة ١٢٧٧ مدنى فرنسى على أن «مجرد تعيين المدين للشخص الذى ينبغى عليه الوفاء محله لا يتضمن أى تجديد» «وكذلك مجرد تعيين الدائن للشخص الدى ينبغى عليه تلقى الوفاء محله لا يتضمن أى تجديد»».

تصبح نافذة فى حقه وفى مواجهة الغير. أما فى الانابة نجد العكس أن للمدين دور إيجابى، دور أحد الاطراف، حيث يلزم أولا بأن يحصل على رضاء الغير بالوفاء بالالتزام ثم موافقة الدائن على ذلك. كما أن الآثار المترتبة على من العمليتين مختلفة تماما. ففى حوالة الحق نجد أن المدين المحال عليه يمكن أن يدفع فى مواجهة المحال له بكافة الدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها فى مواجهة المحيل. بينما فى الانابة نجد أن للمناب لديه حق جديد فى مواجهة المناب، نطاق هذا الحق وفعاليته يتوقف على شروط الانابة. كما أن اثار كل من العمليتين فى مواجهة الغير مختلفة ايضا ففى حوالة الحق نجد أنها لاتصبح نافذة فى حق الغير إلا من تاريخ الاعلان أو القبول الثابت التاريخ. أما الانابة فإنها لاتخضع لأى إجراء من إجراءات العلانية وإنما تنتج آثارها من الوقت الذى يقبل فيه المناب لديه (الدائن) تعهد المناب مع التحفظ من حيث الاحتجاج بتاريخ هذا الاتفاق فى مواجهة الغير.

ومع ذلك فإنه ليس من السهل دائما التمييز بينهما. فكل منهما يؤدى إلى إنقضاء بسيط لالتزامين سابقين. فمثلا من يقوم بإعادة بيع عقار ثم إكتسابه عن طريق قرض مازال ساريا يستطيع إما أن ينيب المتصرف اليه لدى المقرض، وهذا يفترض تعهدالأول فى مواجهة الثانى، وإما أن يحيل إلى المقرض حقه فى الثمن فى مواجهة المتصرف اليه. ولذلك نجد أن القضاء الفرنسى يخلط بينهما فى بعض الأحيان[1]. كما أن العمل يجرى على الخلط بينهما[2].

---

(١) انظر على سبيل المثال Com. 5 mov. 1980, D. 81.134

(٢) ففى بعض الصيغ المستعملة فى مجال الموثقين يعتقد أنه من المفيد أن يحدد فى عبارات صريحة فى حالة حوالة الحق أنه أحال وأناب ونقل بل وحل محله أنظر Ph. Malaurie,, L.Aynès, op.cit., no. 906 p. 578.

فى الواقع أن الصعوبة تعرض، بصفة خاصة، عندما يقبل المدين حوالة الحق (م١٦٩٠ مدنى فرنسى، م٣٠٥ مدنى مصرى) فهل هو يأخذ على عاتقه إلتزاما جديدا أو أنه يقر فقط بعلمه بحوالة الحق؟ والإجابة على هذا التساؤل تتعلق بالتفسير الذى يدخل فى السلطة التقديرية المطلقة لقاضى الموضوع[1].

جـ- الانابة والاشتراط لمصلحة الغير: فى الواقع أن الوضع الناشىء عن الانابة الناقصة يشبه الوضع الناشىء عن الاشتراط لمصلحة الغير وذلك عندما يطلب المشترط من المتعهد أن يلتزم فى مواجهة الغير (المستفيد).

فاذا كان المستفيد دائنا من قبل للمشترط فإنه يصبح تحت تصرفه دعواه الأصلية فى مواجهته علاوة على ماله من حق ناشىء عن الاشتراط لمصلحة الغير.

ومع ذلك هناك فروق بين الوضعين سواء من حيث الشروط أو من حيث الآثار.

فمن حيث الشروط نجد أن الانابة تستلزم تلاقى الارادات بين ثلاث أطراف، المنيب والمناب والمناب لديه. وحق المناب لديه فى مواجهة المناب لا ينشأ إلا عندما يقبل المناب لديه الانابة. على العكس من ذلك الاشتراط لمصلحة الغير ينشىء للغير المستفيد حقا منذ الوقت الذى يتم الاتفاق فيه بين المشترط والمتعهد وحتى قبل أن يقبل الغير (المستفيد).

---

(١) أنظر

Req. 19 déc. 1923, D.P. ,25 I.9, note Capitant.

وبعض الفقهاء (Capitant, la Cause, no 181) يعتقد أن القاعدة الواردة فى المادة ١٢٩٥ مدنى فرنسى، م ١/٣٦٨ مدنى مصرى، والخاصة بقبول الحوالة دون تحفظ بالرغم من توافر شروط المقاصة وما يترتب على ذلك من عدم استطاعة المدين بالمطالبة المحال له بالمقاصة تفسر بأن قبول المحال عليه يحول العملية الى انابة وهذا أمر فيه كثير من المبالغة.

من حيث الآثار، يعتبر حق المناب لديه فى مواجهة المناب مستقلا تماما عن العلاقة بين المناب والمنيب. على العكس من ذلك نجد أن فعالية الاشتراط لمصلحة الغير ترتكز اساسا على العقد الأصلى: فحق المستفيد فى مواجهة المتعهد يعتمدأساسا على العلاقة بين المشترط والمتعهد، ولذلك فإن المتعهد يستطيع أن يدفع فى مواجهة الغير بكل الدفوع التى يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المشترط.

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسى يخلط فى بعض الأحيان بين العمليتين[1].

ثانيا: مدي ما تحققه الانابة من ضمان

فى هذا الصدد يجب أن نقف على جوهر الانابة، ثم بعد ذلك نعرض لعناصر القوة فى الانابة كأداة للضمان.

١- جوهر الانابة

الانابة تقوم على تعدد المدينين الذين يرجع الدائن على أيهم شاء. ففى الانابة يوجد أمام الدائن (المناب لديه) المنيب (مدينه الأصلى) والمناب (مدينه الجديد)، وكل منهما يلتزم فى مواجهته طبقا لعلاقتين مختلفتين. لكن ليس للمناب لديه أن يتقاضى الدينين. ولذلك فإن الوفاء من أحدهم مبرىء للآخر.

هذا الوضع قد يتشابه ظاهريا مع الوضع فى الكفالة والدعوى المباشرة ولذلك ينبغى أن نميز بينهم.

أ- الفرق بين الكفالة والانابة: المعيار الفاصل بين الكفيل والمناب يستمد

(1) Paris, 8 fév, 1878, sous civ. 17 fév. 1879, S. 80 I.449, Paris 31 mais, 1979, D., 80 486, n. Parleani Vo en général Ph. Malaurie L. Aynès les obligation, op . cit., no. 807, p.579, note 182.

من محل إلتزام كل منهما. فالكفيل يلتزم بدفع دين شخص آخر هو المدين الأصلى إذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء به. المناب يلتزم بأن يدفع للمناب لديه دينه الخاص فى مواجهته. فالتزام الكفيل التزام إحتياطى بينما التزام المناب التزام أصلى. فالتزام المناب التزام جديد وعلاقته مع المناب لديه ليس لها نفس خصائص أو صفات علاقته مع المنيب. وهذا الالتزام الخاص والجديد فى مواجهة المناب لديه لايسمح للمناب بأن يدفع فى مواجهته بالدفوع التى كان له أن يدفع بها فى مواجهة المنيب.

حتى فى المنطقة التى يقترب فيها التشابه بين الانابة والكفالة، كما لو أن المناب لم يلتزم فى مواجهة المناب لديه إلا فى حدود دينه فى مواجهة المنيب، أو فى حدود دين المنيب فى مواجهة المناب لديه، فإنه يبقى مع ذلك فارق أساسى بينهما وهو أن التزام المناب التزام مستقل، حيث أن الالتزام الأصلى ليس هو محلا لهذا الالتزام ولكنه وصف قد لحق به[1]، بينما التزم الكفيل التزام تابع والالتزام الأصلى محلاً له.

ب- الفرق بين الانابة والدعوي المباشرة: إذا كان كل من الانابة والدعوى المباشرة يشتركان فى تسهيل ضمان الوفاء بالالتزام إلا أنه يبقى هناك فروق أساسية:

فالدعوى المباشرة تعد إستثناء من قاعدة نسبية آثار العقد، حيث أن المدعى فى الدعوى المباشرة (الدائن) يعتبر من الغير بالنسبة للمدعى عليه (مدين المدين). ولذلك فإن الدعوى المباشرة تنشىء رابطة التزام مباشر بين شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل بنفس الشخص وهو المدين

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 328, p. 107.

الرئيسى، ولهذا السبب فإن الدعوى المباشرة لا تكون الا بناء على نص فى القانون.

بينما الانابة تجد مصدرها فى الاتفاق الذى يتم بين المنيب والمناب والمناب لديه وهو الاتفاق الذى يحدد نطاقها وفعاليتها.

علاوة على ذلك فان حق الدائن لايتعلق، كقاعدة عامة، بما هو مستحق لدى مدين المدين إلا من وقت مباشرة هذه الدعوى. وإلى أن يباشر الدائن هذه الدعوى فان ماهو مستحق للمدين لدى مدينه يبقى فى ذمته ويمكن أن ينقضي بالوفاء أو بأى وسيلة أخرى من وسائل انقضاء الالتزام. أما الانابة تجعل المناب مدينا فى الحال وبطريقة مستقلة فى مواجهة المناب لديه.

٢- عناصر القوة في الانابة

فى هذا المجال نبين الأسباب التى أدت الى الالتجاء على نطاق واسع فى الآونة الأخيرة الى الآنابة.

ولذلك يتعين علينا أن نكشف عن أسباب القوة فى الانابة كأداة ضمان. وتكمن قوة الانابة وذاتيتها فى قاعدتين أساستين، ١- عدم الاحتجاج بالدفوع، ٢- رجوع المناب - ولنر بشىء من التفصيل هاتين القاعدتين.

أ- عدم الاحتجاج بالدفوع ونطاقه

المبدأ:

من أهم عناصر القوة فى الانابة مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع الذى يهيمن على أحكامها. ومقتضى هذا المبدأ أن المناب لا يستطيع أن يتنصل من تنفيذ التزامه نحو المناب لديه بالاستناد إلى دفع (ببطلان، أو بفسخ، أو بعدم تنفيذ) ناشىء عن علاقته مع المنيب، أو ناشىء عن علاقة المنيب بالمناب لديه.

وعلى ذلك سنحاول أن نتعقب تطبيق هذا المبدأ على العلاقة فيما بين المنيب والمناب، ثم بعد ذلك فى العلاقة بين المنيب والمناب لديه.

- **الدفوع الناشئة عن علاقة المنيب بالمناب**: دون الاستناد إلى أى نص قرر القضاء الفرنسى أن المناب لا يستطيع أن يدفع فى مواجهة المناب لديه بأى دفع كان المنيب يستطيع أن يدفع به. فينبغى على المناب أن ينفذ التزامه فى مواجهة المناب لديه، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على المنيب. هذه القاعدة ليست محل أى نقاش لأنها قديمة ومستقرة[1].

ويمكن تفسير هذه القاعدة بسببين، **الأول**، أن التزام المناب التزام جديد، فالمناب لديه له حق دائنية خاص ناشىء عن التعهد الصادر من المناب نحوه. فهو لا يستعمل حق مدينه (وهو مايميز الانابة عن حوالة الحق) **الثاني**، أن المناب لديه أجنبى عن العلاقة بين المناب والمنيب، وبالتالى يكون عدم الاحتجاج بالدفوع نوعا من الحماية، بصفة عامة، للغير حسن النية..

وعلى ضوء ذلك يمكن أن نبين حدود مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع. فهذا المبدأ لا ينطبق إذا كان المناب لديه سىء النية، عندما يعلم بالعيوب التى تلحق بسبب التزام المناب فى مواجهته، وبصفة خاصة عندما يكون هناك تواطؤ على الغش. ويمكن ايضا استبعاد تطبيق هذا المبدأ بإرادة الطرفين، كما هو الحال عندما يلتزم المناب فى حدود التزامه فى مواجهة المنيب، أو عندما

(1) Civ. 31 mars 1852, D.P. 52. I. 162; Req. 7 mars 1855, D.P.55 I. 107, Civ 24 Janv. 1872, D.P. 73 I. 75; civ, 1, 26 janv. 1960, B.I. no. 55 Planiol et Ripert, VII no 1274, Ripert et Boulanger, II, no 1782, Marty et Raynaud, no 842, Waill et Terré, no 1055. Mazeaud Chabas, no.1250.

يتعهد بدفع ماهو مستحق عليه للمنيب. فهنا يصبح التزامه خاضعا للشروط التى هو مدين طبقا لها فى مواجهة المنيب (وهذا مايقرب الانابة من حوالة الحق).

- **الدفوع الناشئة عن علاقة المنيب بالمناب لديه:** يمتنع كذلك على المناب أن يدفع فى مواجهة المناب لديه بالدفوع الناشئة عن العلاقة بين المنيب والمناب لديه ليتخلص من التزامه فى مواجهة المناب لديه.

وأكثر التطبيقات العملية الحالية لهذه القاعدة الضمان المستقل La garantie autonome فالبنك الضامن لا يستطيع أن يدفع فى مواجهة الدائن بالدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها فى مواجهة المدين.

هذه القاعدة تطبق دون أدنى صعوبة، عندما يلتزم المناب بأن يدفع مبلغا معينا من النقود طبقا لهذا الشرط أو ذاك، كما هو الشأن بالنسبة للضمان المستقل (كالضمان بمجرد الطلب garantie à première demande) لانه ليس هناك أدنى إحالة إلى العلاقة بين المنيب والمناب لديه.

أما عندما يتعهد المناب بدفع «ماهو مستحق على المنيب» فإن محل التزامه يتحدد بالاحالة الى التزام المنيب . ولذلك يسمح للمناب أن يحتج فى مواجهة المناب لديه بأسباب البطلان، أو الانقضاء أو غير ذلك مما يلحق بالتزام المنيب. وهذا الوضع يقترب بشده من حوالة الحق، فالدين الجديد له نفس الخصائص الموضوعية للالتزام القديم. ولكن يبقى مع ذلك فارق جوهرى وهو أن التزام المناب التزام جديد، وليس حوالة لالتزام موجود، وعلاقته بالمناب لديه ليست لها نفس الخصائص والصفات للعلاقة التى تربط بين المنيب والمناب لديه.

فالعلاقة القانونية الجديدة التى نشأت بين المناب والمناب لديه لها أثر

هام وهو أنه يمتنع على المناب لديه الدفع بالفسخ فى مواجهة المناب فى حالة عدم التنفيذ[1]، وإنما يستطيع أن يباشرها فى مواجهة المنيب فقط، الطرف الأساسى فى العلاقة الأصلية، ويرجع ذلك إلى أن إلتزام المناب ليس التزاما تابعا وإنما هو التزام مستقل، التزام بالضمان لايجد سببه فى العلاقة بين المنيب والمناب لديه.

ب- مدي حق المناب في الرجوع:

نحن نعلم أن الكفيل إذا قام بالوفاء بالتزام المدين فانه يكون له الحق فى الرجوع عليه لأنه قام بالوفاء بالتزام غيره. وللكفيل أن يرجع على المدين أما بدعوى شخصية أو بدعوى الحلول وذلك طبقا للحلول القانونى (م ١٢٥١/٣ مدنى فرنسى وم ٧٩٩ مدنى مصرى).

هل المناب ملتزم عن المدين؟ فى الواقع نجد أن المناب، وعلى العكس من الكفيل، عندما يقوم بالوفاء للمناب لديه إنما يوفى بدينه هو فى مواجهة المنيب. ولذلك لايملك، كقاعدة عامة الرجوع فى هذه الحالة.

لكن قد يحدث مع ذلك، أن المناب يتعهد للمناب لديه بالرغم من أنه ليس مدينا للمنيب، أو أنه ينبغى عليه الوفاء المناب لديه فى حين أن التزامه فى مواجهة المنيب كان باطلا أو انقضي، فهل له حق الرجوع على المنيب فى هذه الحالات؟

فى الواقع، أنه من المشكوك فيه أن يكون للمناب الرجوع بدعوى الحلول لأنه لم يلتزم فى مواجهة المناب لديه «مع أو عن الغير» (م١٢٥١/٣ مدنى

(١) مثال ذلك فى حالة اخذ الالتزام بدفع المرتب لمدى الحياة، فإن المستحق (البائع الاصلى) المناب لديه لايستطيع أن يرفع ضد المناب (المتصرف اليه) دعوى بفسخ عقد البيع، سواء عقد البيع الأصلى أو عقد البيع الثانى، حيث أن المناب يعتبر حائزا من الغير وكل مايستطيع أن يفعله هو أن يرفع هذه الدعوى على المنيب الطرف الأساس فى العلاقة الأصلية.

فرنسى، م ٣٢٦/أ مدنى مصرى) وإنما هو التزام بالدين مستقل ومتميز عن دين المنيب. وعلى ذلك إذا أخذنا بمفهوم ضيق للحلول، كما فعل القضاء الفرنسى ابتداء[1]، فانه لايكون للمناب الحلول القانونى فى محل المناب لديه. أما إذا أخذنا بمفهوم واسع للحلول، وذلك لاعتبارات إقتصادية أكثر منها قانونية، فان المناب يستطيع أن يحل محل المناب لديه ويستفيد من التأمينات وخصائص الدين الذى حل فيه فى مواجهة المنيب.

أما بالنسبة لرجوع المناب بدعوى شخصية فان الأمر يتوقف على الاتفاق الذى يربطه بالمنيب.

وبناء على ما تقدم فان الانابة تعتبر ضمانا مرنا وأكثر فعالية من الكفالة، وأن نظامها القانونى يتوقف الى حد بعيد على الاتفاق.

المطلب الثاني: حوالة الحق علي سبيل الضمان

فى هذا الصدد سنعرض لارتباط تطور الائتمان بسهولة تداول الحقوق، ثم نعرض بعد ذلك للتطور الحديث فى توظيف حوالة الحق على سبيل الضمان.

أولا: تطور الإئتمان وسهولة تداول الحقوق

إن من أهم أسباب تطور الإئتمان التجاري وهو سهولة إنتقال الحقوق وتداولها. أما فى الائتمان المدنى فنجد أن حوالة الحق وحوالة الدين محاطة بكثير من الاجراءات التى تعوق الى حد كبير سهولة تداول الحقوق المدنية.

ولكن مما تجدر ملاحظته أن الحق المدنى إذا كان ثابتا فى سند اسمى أو

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 329, p.108.

إذنى أو لحامله فإنه يتبع فى شأن إنتقاله وتداوله نفس الطرق والوسائل المتبعة فى القانون التجارى.

ففى السندات الأسمية، كالأسهم والسندات، يتم انتقالها عن طريق الغير فى دفتر خاص معد لذلك فى الشركة أو لدى الدولة فى حالة ماتصدره هذه الأخيرة من سندات. أما السند المتضمن شرط الأذن، كالكمبيالة والسند الأذنى والشيك، وغير ذلك من سندات، كالسند الشحن أو سندات الخزانة، فإن إنتقالها يتم عن طريق التظهير، وتخضع فى نظرنا لمبدأ تطهير الدفوع أما السندات لحاملها، وهى السندات التى تحرر ابتداء لحاملها أيا كان كالأسهم والسندات والكمبيالة والسند الأذنى والشيك وغيرها، فان إنتقال الحق الثابت بها يتم بالتسليم المادى للسند المثبت فيه الحق.

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى ينص فى المادة ١/٤٤٢ منه على أنه «يجوز إثبات حق مدنى فى سند اسمى أو سند أذنى أو سند لحامله. وفى هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم» وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أنه «لايشترط إتخاذ الاجراءات المقررة فى المادة ٢٣٠ (تقابل المادة ٣٠٥ مدنى) فى الحالات التى يواجهها هذا النص (م١/٤٤٢ من المشروع). فالقاعدة هى إتباع الأوضاع المقررة فى قانون التجارة فى حوالة الحق ولو كان مدنيا متى أثبت شكلا فى سند اسمى أو سند أذنى أو سند لحامله» وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة[1].

ونحن نميل الى ضرورة تسهيل تداول الحقوق المدنية حتى يواكب ذلك الطفرات التى شهدها الائتمان المدنى فى الوقت الحاضر، وبصفة خاصة فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٣٣- ١٣٤ فى الهامش.

الدول المتقدمة. كما أن ذلك يقابل طموحاتنا فى تطور إقتصادى سريع لنلحق بركب الحضارة.

وبالفعل قد إنتشر فى الدول المتقدمة، كفرنسا مثلا، حوالة الحق المبسطة، هذه الحوالة تتسم بسمتين، الأولى، تبسيط الاجراءات وجعلها أكثر ضرورة، حيث أنها أصبحت شرط صحة لا شرط نفاذ، والثانية أصبحت آثار الحوالة أكثر فعالية[1].

وفى فرنسا قد تطور القضاء فى إتجاه تسهيل تداول الحقوق ولذلك قرر أن الشكلية المتطلبة فى نص المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى (م٣٠٥ مدنى مصرى) لا تتعلق بالنظام العام. وعلى ذلك يمكن أن يكون دين مدنى لحامله أو لأذن ولا يحبذ بعض الفقهاء هذا الإتجاه تشبثا بالاعتبارات التقليدية[2].

ثانيا: التوظيف الحديث لحوالة الحق كوسيلة للضمان

وفى هذا الصدد ندرس مايجرى عليه العمل من حوالة الأجر على سبيل الضمان ومحاولة الفقه والقضاء ضبط وتنظيم هذه الوسيلة، ثم نعرض بعد ذلك لتنظيم تشريعى يوظف حوالة الحق كوسيلة للضمان وهى مايسمى بقانون ديلى La loi Dailly الصادر فى فرنسا فى ٢ يناير ١٩٨١ والتعديلات اللاحقة له.

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., p.559.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 784 , pp.568-569.

١- حوالة الأجر علي سبيل الضمان

فى الوقت الحاضر لايوجد شيء تقريبا دون إئتمان. فبعد الانطلاقة التى شهدها الائتمان الاستهلاكى بات واضحا الحاجة الماسة الى الائتمان فى نطاق المعاملات المدنية. ولذلك برزت الحاجة الى تشجيع الائتمان لصغار المدنيين وحماية المدين فى نطاق الائتمان الاستهلاكى.

إن من أهم عوامل تشجيع الائتمان لصغار المدينين هو الأخذ فى عين الاعتبار عنصر العمل كقيمة مثلة مثل رأس المال. أى إعتبار القدرة على العمل عنصرا من عناصر الائتمان. وعلى نطاق القيمة فإن الأجر هو المقابل المادى لعنصر العمل. وعلى ذلك ينبغى إعتبار الأجر هو أساس منح الإئتمان بالنسبة للذين ليس لديهم مصادر أخرى للثروة، وهذا الأمر يثير فكرة تخصيص الأجر للضمان. وهذا التخصيص يمكن أن يأخذ أحد شكلين، أما عن طريق حوالة الأجر، وأما عن طريق الاتفاقات المتعلقة بتعيين محل الوفاء للاجر والمكافآت.

بالنسبة لحوالة الأجر على سبيل الضمان، فان القوانين المختلفة قد تدخلت ونظمت حوالة الأجر واحاطتها بكثير من القيود والشكليات التى تحقق الحماية للعمال، حيث أن الأجر يمثل بالنسبة لهم موردا رئيسيا للرزق، فمن القوانين مانصت على عدم جواز الحجز على الأجر إلا فى حدود معينة وذلك حتى لايحصل المدين على إئتمان بضمان يستغرق أجره المستقبل. ومن القوانين ما نصت على العديد من الاجراءات الوقائية المقررة فى صالح الأجير حتى لا يتجاوز موارده الأساسية. فمثلا نجد أن تقنين العمل الفرنسى قد إشترط علاوة على التحديد الكمى، الحضور الشخصى للمحيل الى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الواقع فى دائرتها محل إقامته، وعدم تجاوز الحوالة لمدة إثنى عشر شهراً (مادة R. 145-2).

وقد لاحظ بعض المشتغلين فى مجال الائتمان أنه لم يرد عقود ائتمان قد تمت فى قلم كتاب المحكمة، كما أن عقود الائتمان تمتد، بصفة عامة، لمدة تجاوز الاثنى عشر شهراً[١]. وهذا يعنى أن حوالة الأجر لايمكن أن تعتبر ضمانا تركن إليه مؤسسات الإئتمان.

ولكن لنا أن نتشاءل فيما إذا كانت مؤسسات الائتمان لا تستطيع أن تصل فى النهاية إلى الحصول على ضمان مشابه ولكن عن طريق الاتفاق على تعيين «محل الدفع المختار للأجر والمكافآت».

"La convention de domiciliation de salaires et traîtements"

ويتم ذلك عن طريق الاتفاق على توكيل المدينين لأصحاب الأعمال الذين يعملون لديهم، مدينيهم الخاصين، بتحويل مستحقاتهم الى أحد الوكالات التابعة لمؤسسة الائتمان، وإذا تضمن هذا الاتفاق، كما هو الغالب، شرط عدم جواز عزل الوكيل، فتشبه هذه العملية حوالة الأجر والتى تمت دون إحترام الاجراءات المنصوص عليها فى القانون المدنى.

وقد حاول البعض القول بأن هذا يعتبر تحايلا على القانون يؤدى الى بطلان شرط عدم جواز العزل. علاوة على ذلك ألا يمكن الاعتراض فى الوقت الحاضر على أن تعيين محل الدفع المختار لعائد العمل يبطل مفعول الحماية المقررة لحوالة الأجر بمجرد دخول هذه المبالغ فى الحساب لدى المقرض، وذلك لأن هذه المبالغ تفقد ذاتيتها، كأجر منذ لحظة دخولها لاندماجها فى بقية عناصر الحساب[٢].

---

(1) C. Gaillaud, obs in cahiers. dr. entr 1973, 2p.4.

(2) Ph. Delebecque, les garanties du crédit au consommateur in ouvrage collectif, le droit du crédit au consommateur LITEC, 1982, no. 8, p. 295.

فى فرنسا منذ مرسوم ٩ أبريل ١٩٨١ قد تغير هذا الوضع، وذلك لأنه عندما يكون هناك حساب جارى، أيا كان نوعه، محلا لحجز ما للمدين لدى الغير أو تحت يد المحضر فان المحجوز لديه ملزم بأن يترك تحت تصرف الأجير، بناء على طلبه، الجزء الغير قابل للحجز عليه من الأجر المودع فى الحساب عن طريق التحويل أو الشيك، فى خلال الشهرين التاليين لتوقيع الحجز لدي المحجوز لديه.

فمنذ ذلك التاريخ وصاعدا، فان الحجز على الحسابات فى البنوك الممولة من الأجور كما هو الغالب بالنسبة لحسابات المستهلكين فى نطاق الائتمان، لم يعد يتضمن أى مخاطر تعسف بالنسبة لهؤلاء المستهلكين ومن الطبيعى أن مايصدق على الحجز على الآجر يصدق من باب أولى على حوالته[١].

٢- حوالة الحقوق المهنية على سبيل الضمان (قانون ديلي)

قد ظهر حديثا شكل جديد لحوالة مبسطة للحقوق من أجل تسهيل حصول المؤسسات على الائتمان اللازم من البنوك. ويعتبر بعض الفقهاء هذه الظاهرة مظهر من مظاهر مصرفه "bancarisation" القانون المدنى[٢].

هذا الشكل الجديد للحوالة ليس قاصرا على القانون التجارى فحسب ولكنه يشمل مايسمى، بشكل غامض، بقانون المهنيين. وأهم سمة من سمات هذا القانون أن التفرقة بين الصحة وعدم النفاذ قد اختفت، كما هو الشأن فى القيم المنقولة، كما أن الشكلية قد تم تبسيطها مع جعلها أكثر لزوما. وأهم خصوصية لهذا الشكل أن الآثار التى تنتج عنه تختلف بحسب إرادة الأطراف[٣].

قانون ٢ يناير ١٩٨١ والمسمى بقانون ديلى وهو اسم البرلمانى الذى كانت له المبادرة فى تقديمه، والمعدل بقانون ٤ يناير ١٩٨٤، قد سهل فى

---

(1) Ph. Delebecque, op.cit.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit.,no. 785, p.561.

(3) Ph. Malaurie, L. Aynès,Loc.cit.

الواقع حوالة ورهن الحقوق الحالية والمستقبلة إذا كانت بهدف ضمان الإئتمان الممنوح من البنك للمهنى لممارسة مهنته[1]. وكما هو واضح فان انتقال الحقوق قد تم على سبيل الضمان

البنك ——الائتمان——< المحيل (المهني)
الحوالة علي سبيل الضمان

هذه الحوالة تهدف إلى تسهيل ممارسة المهنة من ناحيتين:

من ناحية يجب أن يكون هدف الإئتمان الممنوح هو ممارسة المهنة. ومن ناحية أخرى يجب أن يكون الحق الذى يستخدم كضمان ناشىء عن أعمال المهنة.

وتنشأ الحوالة نتيجة الأيداع لدى البنك قائمة بالحقوق المهنية un bordereau. هذه الحوالة تتم إذن فى ورقة شكلية، كالسندات القابلة للتداول، وذلك لأن القائمة يجب ألا تضمن التوقيع فحسب وإنما ايضا التاريخ وأسم البنك وتعيين الحق، ويجب أن تحدد ما إذا تمت على سبيل التنازل عن الحق المهنى[2] acte de cession de créance professionnelle، أو على سبيل الرهن للحق المهنى acte de nantissement de créance professionnelle.

---

(1) D. Schmidt et Ph. Gramling, la loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises D. 1981 chr. 216-217 D. Schmidt, la loi Dailly et le crédit aux entreprises, Gaz. Pal. 19 févr 1984, M. Vassuer L'applicationn de la loi Dailly, Escompte cession de créance en propriéte au à titre de garantie ou bien l'une ou l'autre suivant le cas, D. 1982, chr. 227et s.

(٢) انظر فى إعتبار هذه الحوالة من قبيل التصرف الائتمانى ص ٢٧٣ – ٢٧٥.

وأيداع القائمة كاف ليجعل الحوالة نافذة فى حق الغير اعتبارا من التاريخ الموضح بالقائمة (م٤/١) ويقصد بالغير فى هذا الخصوص الغير بالمعنى الحقيقى، مثل المحال له الثانى أو دائن المحيل.

ولضمان معرفة المدين (المحال عليه) بالحوالة على وجه يقينى وبالتالى منعه من الوفاء بالدين الى المحيل (الدائن) فانه يجوز للمحال له آن يخطره بالحوالة)م٤) . وهذا الاخطار يمكن أن يتم بأى وسيلة (مرسوم ٩ سبتمبر ١٩٨١ م١/٢) بخطاب، حتى ولو عادى أو تلكس، وهذا يشكل فارقا ملحوظا مع حوالة الحق العادية.

علاوة على ذلك، إذا قبل المدين الوفاء للمحال له فانه يلتزم فى مواجهته، وبالتالى لا يستطيع أن يدفع فى مواجهته بالدفوع التى كان له أن يدفع بها فى مواجهة المحيل مالم يكن المحال له سيءالنية، بمعنى أنه قد تصرف عن قصد الأضرار بالمدين وذلك باستلامه القائمة (م٥) . فى حوالة الحق العادية قبول المدين لا ينتج عنه عدم الاحتجاج بالدفوع على هذا النحو.

المطلب الثالث: التأمين كوسيلة للضمان

هذه الوسيلة قد لاقت نجاحا كبيرا فى الوقت الحاضر فى كثير من الدول المتقدمة. ولا نقصد هنا التأمين بمعناه الفنى، وإنما نقصد الطريقة التى إستخدم بها.

أولا: فكرة تأمين الائتمان وحدودها

يقوم تأمين الائتمان على أن الدائن نفسه هو الذى يؤمن ضد مخاطر عدم الوفاء من جانب المدين. وهذه المخاطر تشمل مخاطر عدم الوفاء فى المعياد، أو مخاطر الاعسار الحقيقى للمدين، ومايستلزمه ذلك من إجراءات عقيمة.

هذا التأمين يختلف عن نوع آخر من التأمين، وهو التأمين الذى يقوم به المدين لصالحه ثم يقدم البوليصة بعد ذلك للدائن على سبيل الضمان وهذه العملية مازالت طبيعتها محل خلاف، وهذا النوع محل تنافس شديد بين البنوك، حيث أنها تنظر اليه على اعتبار أنه شكل خاص من الكفالة والتأمين وهذا النوع يسمى بالتأمين الاحتياطى L'assurance aval بخلاف النوع الأول الذى يسمى بالتأمين ضد الاعسار L'assurance - insolvabilité .

فى فرنسا العمل يعرف تأمين الائتمان، وهو التأمين ضد الاعسار، أما التأمين الاحتياطى فقد بدى لشركات التأمين منذ بداية تأمين الائتمان فى ١٩٣٠ أنه باهظ التكاليف.

ويفضل تأمين الائتمان الرهن الرسمى من عدة نواح، سهولة تنفيذه فلا يوجد حجز عقارى، ولابيع بالمزاد العلنى، تسوية سريعة، بفضل الدعوى المباشرة للدائن فى مواجهة شركة التأمين المدينة، وهى من حيث المبدأ، موسرة. ولكن من ناحية أخرى نجد أن تأمين الائتمان أشد كلفة من الرهن الرسمى.

ومع ذلك فانه لايوجد إلا شركات تأمين قليلة تمارس هذا النوع من التأمين، كما أن هذا التأمين فى الغالب قاصر على ائتمان الموردين دون الائتمان المالى[١].

ثانيا: التأمين على الشيء المرهون لحماية الدائن المرتهن

نحن نعلم أنه من بين التزامات الراهن فى الرهن الرسمى التزامه بضمان الهلاك أو التلف. ولذلك ،إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان،

(1) G. Durry, Hypothéque et assurance, Rev. de juris. com. numéro Spécial, l'évolution du droit des sûretés, fév. 1982, p.27, notam, p.28.

إنتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى ترتب على ذلك، كالتعويض أو مبلغ التأمين، أو الثمن الذى تقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة (م١٠٤٩ مدنى مصرى).

وهذا النص تطبيق لنص المادة ٧٧٠ مدنى مصرى بصدد عقد التأمين والتى تنص على أنه « إذا كان الشىء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازى أو رهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية، انتقلت هذه الحقوق الى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين».

وفى فرنسا قد تضمن تقنين التأمين على حكم مماثل فى المادةL. 121-13 ويجرى نصها على النحو التالى «تمنح التعويضات المستحقة نتيجة التأمين ضد الحريق، أو الصقيع، أو نفوق الماشية، أو غير ذلك من المخاطر الى الدائن الممتاز أو المرتهن رهنا رسميا وذلك بحسب مرتبتهم ودون حاجة لانابة صريحة.

وهذا النص يمتد بطبيعة الحال إلى التأمينات العينية الأخرى. كما أن هذا الحلول العينى يتم بقوة القانون[١].

ثالثاً: التأمين ضد وفاء أو عجز أو مرض المدين

وتجرى صورة هذا التأمين على النحو التالى، يقوم المقرض بالاشتراك فى هذا النوع من التأمين على أن ينضم إليه بعد ذلك المقترض. وبفضل هذا التأمين يستطيع الدائنون تجنب المخاطر المؤمن ضدها. كما أن المدينين وخلفهم العام يتخلصون فى مثل هذه الظروف من عبء الوفاء بالديون المستحقة.

بالنسبة لهذا التأمين فإنه من المهم أن يستطيع المدينون وخلفهم العام

---

(1) G. Durry, op.cit., p. 31 et s.

الإعتماد عليه. لكن تحقيق هذا الهدف صعب فى الحياة العملية وخاصة فى حالة عدم وجود تنظيم تفصيلى لعقد تأمين المجموعة le contrat d'assurance groupe.

وقد إستقر الفقه فى فرنسا على أن أقساط التأمين التى يقوم بدفعها المدين بعد إنضمامه إلى عقد تأمين المجموعة تدخل فى السعر الحقيقى الاجمالى للائتمان Taux effictif global du crédit، وبصفة خاصة فى مفهوم قانون ٢١ ديسمبر ١٩٦٦ والخاص بالربا - كما أنه إذا كان الائتمان يتطلب كشرط إجبارى ومسبق التأمين، فان الاقساط تمثل نفقات غير مباشرة للقرض. وقد اقر القضاء هذا التحليل.

كما أن القضاء أقر مسئولية المؤسسة المقرضة تجاه المقترضين وذلك فى حالة إجبار هؤلاء على الانضمام لعقد تأمين - المجموعة دون أن تخطرهم بنتيجة موقف المؤمن بالنسبة لطلب إنضمامهم، أو بالنسبة للمدى الحقيقى للضمان المقدم من جانب المؤمن أو بالنسبة لشروط تنفيذ هذا التأمين. ويقوم هذا القضاء على إعتبارات بسيطة، وهو أن المقرض شخص مهنى، وبالتالى يقع على عاتقه إلتزام بتقديم المعلومات وإخطار المتعاقد الآخر بشروط القرض. وعلى ذلك فإن المقرض يعتبر مسئولا مسئولية عقدية إذا ترك المقترض يتعاقد وهو يجهل معلومة هامة، بصفة خاصة عن كيفية وحدود الضمان الناشىء عن التأمين[1].

---

(1) Cass. Civ. 1e, 8 mai, 1973, Bull. Civ. I. no. 153 p. 136; Ph. Delebecque, op.cit., no. 17, p. 302.

المبحث الثاني: ظهور وسائل حديثة للضمان

فى هذا الصدد سوف نعرض لنوعين من الضمانات الحديثة، النوع الأول يتعلق بالضمانات غير المباشرة، والنوع الثانى يتعلق بالضمانات المستقلة.

المطلب الأول: الضمانات غير المباشرة

تمهيد وتحديد

لا نقصد من وراء هذ الضمانات تأمين الوفاء بالالتزام مباشرة وإنما نقصد بها تعزيز التأمين الذى حصل عليه الدائن أو توقى الدائن من تصرفات المدين التى قد تودى الى تسوئ مركز المدين المالى.

وفى هذا الصدد سنعرض، أولا، للضمانات الناشئة عن الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، وثانيا، مدى حق الدائن فى الاطلاع على ذمة ونشاط مدينه كوسيلة للضمان.

أولا: الضمانات الناشئة عن الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل

هذه الوسائل ليست مجهولة فى فقه القانون المدنى، نحن نعلم ما يحققه شرط المنع من التصرف من ضمان فى بعض الحالات، كاشتراط، الدائن المرتهن على الراهن إمتناع التصرف فى العقار المرهون حتى حلول أجل الدين زيادة فى ضمانة، أو اشتراط البائع على المشترى إمتناعه عن التصرف فى الشىء المبيع الى حين الوفاء بكامل الثمن(١).

لكن الجديد فى هذه الوسائل أن البنوك بدأت تلجأ اليها لتأخذ كافة

---

(١) انظر حسن كيرة، أصول القانون المدنى، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، طبعة أولى ١٩٦٥ فقرة ٨٨ ص ٢٨٨ اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦١ توفيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٨٠ فقرة ٩١ ومابعدها.

الاحتياطات اللازمة من أجل أن تجعل العميل قادرا على الوفاء بالتزامه. ولذلك فان **الطابع العام لهذه الوسائل أنها وقائية.**

وبطبيعة الحال يدخل ضمن هذه الوسائل حق الدائن فى الاطلاع على ذمة ونشاط مدينه إذا كان مصدره الاتفاق. ولكن سوف نفرد لهذه الوسيلة فقرة مستقلة لدراستها دراسة مستفيضة لما تثيره من بعض المشكلات القانونية.

١- الضمانات الناشئة عن الإلتزام بامتناع عن العمل

هذه الوسائل عند وضعها موضع التطبيق تكون أولا مصدر لحظر أو لمنع للعميل يقابله بالتبعية ممارسة لحق الاعتراض من جانب البنك وهكذا نجد أنه بمناسبة منح الائتمان القومى Le crédit National لقرض طويل الأجل يشترط أن «المقترض لايستطيع، دون موافقة من المقرض، أن يتصرف، أو أن يكون شريكا فى شركة، أو يؤجر كل أو بعض الأموال الممنوحة كضمان، كما أنه لايحق له رهن محله التجارى.

وبالمثل نجد بنكا كبيراً آخر عند منحه الائتمان قصير الأجل يشترط أنه «ينبغى على العميل الذى يمكن أن يكون مدينا أن يحافظ على العقارات المرهونة فى حالة جيدة وأن يمتنع عن القيام بأى عمل من شأنه أن ينقص من قيمتها. وخلال هذه الفترة لايمكن للعميل، دون إذن مسبق ومكتوب من البنك، أن:

١- يتصرف، أو يرهن رهنا رسميا أو حيازيا عقاراته.

٢- يتصرف، أو يرهن رهنا حيازيا أو يتنازل عن إدارة محله التجارى والأدوات التابعة له.

٣- يبرم أى قرض متوسط أو طويل الأجل.

عن طريق هذين الشرطين، المتشابهين فى الصياغة، يجد العميل نفسه

مطالب من قبل البنك بأن يلتزم بأن لايفعل هذا أو ذاك، ألا يتصرف أو يرهن الا بموافقة البنك، ولذلك يمكن أن يفهم السبب الذى من أجله أطلق الفقهاء على هذه الضمانات «**الضمانات السلبية**»[1].

من قبيل الضمانات السلبية أيضا المنع المقرر على الشركة المقترضة من توزيع أرباح خلال سنتين أو ثلاثة أو طالما أن احتياطياتها لم تبلغ مستوى معين. هذا المنع يلقى على عاتق المديرين الذين التزموا به أن يعملوا ما فى وسعهم من أجل عدم إتخاذ المجلس العادى قرار فى اتجاه مخالف.

٢- الضمانات الناشئة عن الإلتزام لعمل

إلى جانب هذه الضمانات السلبية توجد ضمانات ناشئة عن الالتزام بعمل هدفها ضمان أو إعادة التوازن المالى للمؤسسة المقترضة. ويتم ذلك عن طريق الطلب من المساهم أو من مجموع المساهمين أصحاب الأغلبية بالقيام بمساهمة فى رأس المال فى حساب مجمد، أو الطلب من مجموع المساهمين أصحاب الأغلبية أن يتعهدوا لدى البنك، فى صيغة اتفاق على التصويت بمقتضاه، يحصلون على الأصوات اللازمة لزيادة رأس المال. ويمكن الاستشهاد ايضا بالشروط الملزمة للمؤسسة باحترام بعض النسب ذات الطبيعة المالية.

وقد يكون الهدف من الالتزام بعمل هو جعل الوفاء بمستحقات البنك أكثر تأكيداً ويمكن أن نذكر هنا الوعد بالرهن الرسمى، أو الرهن الحيازى، وفى مثل هذا الاطار يمكن أن نذكر التعهد بالوفاء من جانب العميل والذى كان محلا لحكم شهير لمحكمة Agen فى ٨ مارس١٩٧٩[2]، والذى صدر فى ظل

(1) Y. Chaput, les sûretés négatives, Ann. Univ. Clermont Ferrand, 1974, 165-194; Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretes, op.cit., no.

(2) D. 1977 494, note stoufflet, Rev. trim. dr. com 1977, 564 obs. Cabrillac et Rives - Lange.

ظروف خاصة بصدد قرض عقارى ممنوح من جانب صندوق الائتمان الزراعى. بمقتضى هذا الالتزام وجد المقترض نفسه مطالبا بالتعهد بالقيام بكل عملياته المصرفيه مع هذا الصندوق وبذلك يضمن الصندوق، علاوة على مزايا أخرى، استرداد القرض الذى منحه للعميل وذلك عن طريق سلطته فى تخصيص المبالغ الواردة اليه بمتقضى هذه العمليات المصرفية فى الوفاء بما هو مستحق عليه . ومن أمثلة هذه الشروط ايضا شرط تعيين جهة الدفع للأجور والمكافآت، والشروط الواردة فى عقود ائتمان المشترى[1].

٢- الضمانات غير المباشرة المختلطة

علاوة على ماتقدم يمكن ذكر نوع من هذه الضمانات غير المباشرة التى يختلط فيها الالتزام بعمل بالالتزام بالامتناع عن عمل. وهذه هى الشروط المسماة "pari - passu" والتى بمقتضاها المدين يلتزم فى آن واحد بعدم إعطاء تأمينات لأحد من دائنيه، وأيضا إذا هو فعل ذلك أن يعطى للبنك نفس الميزة وبنفس المرتبة. وهذه الشروط مستعملة بصفة معتادة تحت اسم "negative pledge" فى الاتفاقات الدولية الخاصة بالائتمان الأوروبى.

وتدق الأمور أكثر بالنسبة لشروط التى يمكن أن نكيفها بأنها شروط "posteriori passu". فمن المتصور أن مؤسسة لها دائن هام يتمنى تسهيل التمويل البنكى لهذه المؤسسة. هذا الدائن يمكن أن يكون شركة أم "sociéte - mère". أو موردا لأحد فروعه fournisseur de sa filiale. فتتعهد الشركة الأم نحو البنك بالتنازل عن إستقبال أى مدفوعات منها طالما أن البنك لم يكن قد استرد قروضه. كما أنه قد يوجد شرط فى الاتفاق ينص على أنه فى حالة إيداع الفرع لميزانيته تقوم الشركة الأم بدفع كل الارباح

(1) M. Vasseur, les garanties indirectes du Banquier op.cit., no. 4, p.106.

المستحقة لها للبنك حتى يستوفى ماهو مستحق له. هذه الوسيلة استعملت فى أغراض وطبقا لشروط خاصة قد أقرها المشرع فى قانون رقم ١٣ يوليو ١٩٧٨ حيث أن المواد من ٢٤ الى ٣٣ تتعلق بالقروض المساهمة ذات المرتبة الأخيرة[١].

– هذه الوسائل تهدف أساسا كما هو واضح، إلى أن يأخذ البنك مايلزم من احتياطيات ليجعل عميله قادرا على الوفاء بالتزاماته. كما أن الاخلال بهذه الالتزامات يرتب عدة جزاءات منها سقوط الأجل أو الاسترداد المبتسر للائتمان الممنوح.

– لكن إذا كان لهذه الوسائل فوائد لا تنكر بالنسبة للبنك الا أن لها فى نفس الوقت جوانبها السلبية، حيث أنها تجعل المؤسسة محاطة بشبكة من الالتزامات قد تؤدى الى اختناقها، كما قد تؤدى الى تعرض البنك للانتقاد نتيجة تدخله فى حياة المؤسسة.

ثانيا: مدي حق الدائن في الاطلاع علي ذمة ونشاط مدينة كوسيلة للضمان

تمهيد:

نحن نعلم أن الائتمان يرتكز على القاعدة الأساسية فى الالتزامات وهى الضمان العام للدائنين، والتى تتلخص فى أن جميع أموال المدين ضامنه للوفاء بديونه وأن جميع الدائنين متساوون فى حق الضمان العام الا من كان له حق التقدم طبقا للقانون (م٢٣٤ مدنى).

وعلى ذلك فالضمان العام لايتعلق بمال معين، وإنما بمجموع الأموال المملوكة للمدين وقت التنفيذ.

---

(1) M. Vasseur, les garanties indirectes, op.cit., p. 5, p.106.

والضمان العام بما يقرره من حماية للدائن لا يغل مع ذلك يد المدين فى التصرف فى أمواله أو الزيادة فى التزاماته. ولكن هذه الحرية ليست مطلقه لأن المدين قد يضعف الضمان العام إما بانقاص مالديه من أموال أو باضافة دائنين آخرين يزاحمون السابقين عند التنفيذ. فقد يلجأ المدين الى الصورية وذلك بأن يتنازل للغير عن مال من أمواله عن طريق تصرف ظاهر ويحتفظ بسند مستتر ورقة الضد والذى يدل على صورية التصرف، أو قد يلجأ الى الغش بإبرامه تصرفات حقيقية يضعف بمقتضاه ضمانه العام، مثل أن يهب الى الغير مالا من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس، أو يقوم بصفة عامة باحلال الأموال الظاهرة فى ذمته بأموال أخرى يمكن أن تفلت من الدائنين بسهولة، أو قد يلجأ الى الإهمال فى إستعمال حقوقه مما يؤدى الى إضعاف الضمان العام.

ولذلك واجه المشرع هذه الفروض بأن كرس ثلاث دعاوى على التوالى للمحافظة على الضمان العام للدائنين، وهى دعوى الصورية والدعوى البوليصية، والدعوى غير المباشرة.

وبالرغم من هذه الوسائل نجد أن هذه الحماية التى كفلها المشرع تعد حماية متأخرة حيث أن الدائن لا يلجأ الى الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة إلا بعد اعسار المدين أو الزيادة فى إعساره. هاتان الدعويان تهد فإن فقط الى انقاذ ماتبقى لدى المدين من أموال. فهما لايحولان دون وقوع الخطر وإنما يهدفان فقط الى منع تفاقمه. بالإضافة الى ذلك فان الشروط الصارمة فى الدعوى الصورية قد حدت من فعاليتها فى المحافظة على الضمان العام. كما أن هناك قيداً هاماً على هذه الدعاوى وهو أن كل فائدة تنتج عن إستعمال أى من الدائنين لأى منها يفيد منها باقى الدائنين وذلك طبقا لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين الذى تعمل فى إطاره هذه الدعاوى

وعلى ذلك فإن القانون المدنى أعطى للدائن حق الضامن العام على ذمة مدينه ولكن لم يعط له الوسائل اللازمة لمعرفة عناصر هذه الذمة على وجه الدقة. فالدائن شخص من الغير ينبغى عليه أن يقنع بما يعطيه له مدينه من معلومات ذات طبيعة عامة، وفى حددو ضيقة جدا مايزوده به الغير الذين لهم إتصال مهنى بمصادر المعلومات المتميزة، من بعض المؤشرات.

الخلاصة أن الدائن فى القانون المدنى ليس لديه وسائل قانونية مباشرة ومحددة للاطلاع على ذمة أونشاط مدينه، بل أنه لايستطيع أن يفعل شيئا طالما أن مدينه مازال موسراً.

وعلى ذلك فإن دراسة حق الدائن فى الاطلاع ذمة مدينه ونشاطه يعتبر من الموضوعات الصعبة والشائكة[1]. وعلى ضوء ذلك فإننا سنحاول جاهدين جمع عناصر هذا الموضوع فى القانون الوضعى من خلال خطة ترتكز على محورين أساسيين، المحور الأول، يتناول نطاق هذا الحق ومدى مشروعيته، والمحور الثانى، يتناول التطبيقات المتنوعة لهذا الحق.

١- نطاق هذا الحق ومدي مشروعيته

يجب أن نعرض أولا، لتطور هذا الحق ومدى أهميته فى الوقت الحاضر، ثم نبين بعد ذلك حدود هذا الحق ومدى مشروعيته فى القانون الوضعى.

أ- تطور هذا الحق وأهميته:

فى الواقع أن الجميع يسلم بأنه ينبغى أن يكون للدائن القدرة على أن يستعلم وذلك ليقدر حجم المخاطر التى يتعرض لها وبالتالى يستطيع أن يتخذ من الاجراءات مايحافظ به على حقه فى الوقت المناسب. لكن فى المقابل

(1) Yves, Guyon, le droit de regard du créancier sur la potrimoine et l'activité de son débiteur consideré comme sureté, Rev. de juri-spr. com. févr, 1982, p.121 et s.

يستطيع المدين، بطريقة مشروعة، أن يتمسك بحقوقه الشخصية الأساسية ليواجه اجراءات التدخل فى شئونه.

ولذلك فان القانون الوضعى، فى كل من فرنسا ومصر، لايعطى للدائن أى حق عام للاطلاع على شئون مدينه فحسب، بل إن الاجراءات المنظمة للمعلومات أو للتدخل كانت دائما محل شك، ونتيجة لشك الدائن فى صحة هذه الاجراءت فإنه يعمل دائما على تعددها.

وهكذا نجد أن حق الاطلاع متعدد الاشكال وغير فعال، أو بالأحرى متعدد الاشكال لأنه غير فعال. ولذلك فإن أى محاولة لتحديد نطاقه أو معالمه تبدو مهمه صعبة، إن لم تكن مستحيلة. فحق الاطلاع وإن لم يوجد فى صورته الكاملة فى أى مكان إلا أنه موجود فى كل اتجاه.

إبتداءً يجب أن نقرر أن كل إجراء للتحرى، أو بالأحرى للتدخل، من جانب الدائن يعد أمراً متعارضا مع حرية المدين. ويترتب على ذلك، أن سرية الأعمال أو السر المهنى يمنع الدائن من معرفة الكثير عن شئون مدينه. فالدائن فى موقف متناقض، فالقانون المدنى أعطاه حق الضمان العام على أموال مدينه، ولكن لم يعطه الوسائل الكفيلة التى تمكنه من معرفه الوعاء الحقيقى لهذا الضمان العام. بل أكثر من ذلك فإن الدائن لا يستطيع أن يفعل شيئا طالما أن مدينه مازال موسراً وقادرا على الوفاء بالتزاماته. فالدائن لايملك إلا أن يحد من آثار إعسار مدينه الحال أو الوشيك دون أن يحول دون وقوعه. وعلى ذلك فانه لا يستطيع أن يتدخل فى وقت مبكر وإنما يتدخل فى وقت لاحق بعد أن يتحقق اعسار المدين أو الزيادة فى إعساره.

أما أن يكون للدائن حق الاطلاع على نطاق واسع فانه لايمكن أن نصادقه إلا فى حالات استثنائية، إما لأن المدين خاضع لاجراءات التصفية

الجماعية، وإما لأن الاشـخاص الذيـن يستفـيدون منه ليـس لهم صفة الدائن فحسب وإنما لهم ايضا صفة أخرى تبرره كالشركاء، والاجـراء الممثلين فى لجنة المؤسسة. وهذه فروض خاصة للغاية لايمكن أن نتعرض لها هنا.

وبالرغم من أن حق الدائن فى الاطلاع على ذمة مدينه ونشاطه يثير كثيراً من التحفظات، مما يستدعى الحرص فى قبوله على اطلاقه إلا أنه مع ذلك أضحى ضروريا فى الوقت الحاضر أكثر من أى وقت مضى.

فمن ناحيـة، إنه من نافلة القول أن نقرر أن الثروات آخذة فى فقدان طابعها المادى باستمرار[١]. فبالنسبة للتجار نجد أن أموالهم ليس لها دائما الطابع الظاهر والمستقر كما هو الشأن بالنسبة للعقارات. فذمم التجار تشمل بالضرورة على المحل التجارى، ونحن نعلم أن العناصر المعنوية، وهى المكون الرئيسى، تفترض كلها تقريبا الاستمرار فى النشاط اوالاستغلال. هذه عناصر لا يستطيع الدائن أن يعتمد عليها. أما بالنسبة للعناصر المادية، وهى المكون الظاهر، وإن كان لها قيمة أكثر استقرارا إلا أنه ليس هناك مايوكد ملكية التاجر لها فالتجهيزات المادية يمكن أن تكون محلا لرهن أو لعقد ايجار إئتمانى. والبضائع المودعة فى المحل يمكن أن تكون محملة بشرط الاحتفاظ بالملكية للبائع حتى إستيفاء كامل حقه (قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ فى فرنسا) وهكذا. فالمظاهر الخارجية إذن خادعة. فالأساسي من الذمة غير مرئى بصفة عامة، أو ماهو مرئى لايعتبر عادة أساسيا.

هذه الظاهرة يمكن أن نصادفها وإن كان بطريقة مخففة، عندما يكون

---

(1) G. Ripert, les aspects juridiques du capitalisme moderne, 1951, no.62.

المدين مجرد شخص عادى. فمما لاشك فيه أن العقارات، وبصفة خاصة السكن، يعتبر العنصر الأساسى لذمة المدين. لكن ليس دائما شاغلوا هذه العقارات هم ملاكها المباشرين: فشركة مدنيه عقارية يمكن أن تتخذ من هؤلاء الشاغلين ستارا وذلك لأسباب ضريبية أو مالية، أو حتى لمجرد أنه لم تتخذ إجراءات حل هذه الشركة بعد عملية البناء. وكذلك لنا أن نتساءل عن الوضع لما يسمى بالملكية المشتركة للانتفاع المؤقت"co-propriétés Spatio - temporelles" - والمستعملة كسكن ثانوى، وبصفة خاصة وأن قيمتها غير مؤكدة[1]. أما بالنسبة للدخول العائدة من عمل المدين، فإن كان من السهل معرفتها وتقدير قيمتها، إلا أن طبيعتها غير المستقرة، والتى تتزايد أكثر نتيجة لعدم استقرار العمل، لايمكن أن تشكل ضمانا جادا بالنسبة للدائن، أينبغى إذن أن يثق فى قطار الحياة؟؟[2].

هنا نجد أيضا، وأكثر من أى شىء آخر، أن المظاهر خادعة. فمما يجرى عليه العمل أن المدين عندما يريد أن يقترض سيعمل، بلاشك على زيادة يساره، وعندما يحين موعد الوفاء سيعمل جاهدا على إنقاص أو إخفاء ثروته. ولذلك نجد أن الدائن فى موقف لايحسد عليه حيث يصعب عليه اختراق هذه المظاهر أو الحجب.

أسوأ من ذلك أيضا فى نطاق العلاقات مع الشركات، حيث يصعب معرفة شخص المدين نفسه، ففى حالة ما إذا كانت الشركة تتبع لمجموعة لها بصفة عامة نطاق مالى أكبر بكثير من شركة منفردة، فإنه من الناحية القاونية

(1) Y. Guyon, op.cit., no. 31, p.122.

(2) Ségue, le rôle du train de vie dans l'application du droit civil, J.C. P. 1961, I, 1783.

البحتة، لا تسأل الشركة الأم عن خصوم فروعها[١] . بل أكثر من ذلك فإن العلاقات داخل المجموعة ليست دائما واضحة. فالدائن وإن كان يستطيع عند اللزوم أن يعرف العلاقات التى ترتكز على المساهمة فى رأس المال، إلا أنه سيجهل العلاقات الأخرى التى تتم سراً، وهى لاتقل عنها فعالية. فالدائن أمام شركة صورية على نحو أو آخر ،عندئذ سيكون لديه الانطباع بأن الأمور الجوهرية تتم بمنأى عنه، فى مكان بعيد عنه، من الناحية القانونية والجغرافية.

وطبقا لعبارة مصورة لأحد الفقهاء، أن قانون التأمينات والاجراءات الجماعية يشكل تمثالا عملاقا بأرجل من طين"un colosse aux pieds d'argile" طالما أن المدين يستطيع بسهولة متناهية أن يخفى جزء من أمواله، أو حتى مجرد أنه لايعلن عن وجودها للدائنين[٢] .

هذه المظاهر الخادعة يمكن أن تضلل الدائن - ولذلك فإنه عند عدم وجود تأمين عينى أو شخصى فانه من الجوهرى أن يعرف الدائن بقدر المستطاع مكونات ذمة مدينة والتى من المحتمل أن يمارس عليها حقه فى الضمان العام. كما يجب أن تكون هذه المعرفة فى وقت سابق، فالبحث عن ضمان متزايد يتطلب أن يأخذ الدائن حذره من المخاطر الوشيكة وذلك حتى يتجنب وقوعها.

---

(1) Y. Guyon, Droit des affaires, Economica, 1980, no.617.

(2) D̃agot, Un colosse aux pieds d'argile, la législation sur les procédures collectives de liquidation, J.C.P. 1973, I. 2538.

ب- حدود هذا الحق ومدي مشروعيته.

فى هذا الصدد ستعرض إجمالا لحدود هذا الحق ومدى مشروعيته، على أن نتولى بيان ذلك تفصيلا عند عرض تطبيقات حق الاطلاع فى وجهيه المختلفين.

فى الأصل بدأ حق الدائن بمجرد حق فى مراقبة ذمة مدنيه، وقد أخذ حق الدائن فى الاطلاع فى التحول، بطريقة ضمنية، إلى رخصة للتدخل فى شئون المدين. وإذا كان حق الاطلاع فى صورته الأولية مقبولا نسبيا، إلا أن هذا الحق فى صورته الثانية يثير الكثير من الاعتراضات. لاينبغى فى الواقع، أن يعود المدين ويتحول الى رق من الناحية القانونية أو الاقتصادية، وخاصة بعد ما تحرر من الرق الجسدى فى القانون الرومانى.

ينظر المدين الى حق الاطلاع على أنه نوع من التطفل، وفى بعض الأحيان على أنه نوع من الوصاية الفعلية. كما أنه يعتبر دائما أن هذا الحق يشكل إعتداء على حريته الشخصية.

تطور وسائل الدفع قد زادت المشكلة تعقيداً، خاصة فى علاقات البنوك مع عملائهم - فمن قبل ما رست البنوك نوعا من السلطة التأديبية فى مواجهة مصدرى الشيكات بدون رصيد.، ومن المحتمل أن يزيد تعميم كروت الدفع أو الائتمان من سلطة الرقابة. فمثلا ألا يمكن أن نخشى أن البنك يختص بعض عملائه المختارين بالكروت ذات الصلاحية العامة ولايعطى إلى الآخرين إلا كروت تستعمل فقط لمواجهة نفقات المعيشة الجارية. وبذلك يكون البنك قد لجأ الى التمييز أو الفصل بين العملاء. هذا التمييز سيكون مع ذلك محل تسامح محدود بالرغم من أنه قائم على إعتبارات موضوعية[1].

---

(1) V. les cartes de paiement, Travaux de l'université de Paris I, Economica, 1980.

ومن المتوقع أيضا أن تطور نظم المعلومات، قد يؤدى الى جعل حق الدائن فى الاطلاع أكثر سهولة وأكثر خشية. إذ يكفى الدائن أن يتمكن من دخول احد بنوك المعلومات التى تقوم بحصر عناصر ذمة المدين حتى يقف على مايريد معرفته تفصيلا. هذا التصور للأسف ليس مجرد فرض نظرى ولكن وارد حدوثه من الناحية الفعلية. فالدائنون غالبا مايكونون بنكا ومن بينها البنوك المملوكة للدولة. فالدولة الدائنة سيكون لها مصلحة في معرفة ذمة مدينيها الذين تحصل منهم الضرائب وسيسمح للدولة بذلك بسهولة تركز نظم المعلومات المتحصلة من مصادر مختلفة.

فى المقابل من ناحية الدائن، فان حق الاطلاع يعانى من ضعف من ناحيتين: إما أنه يكون فعالا ولكن ممارسته تكون خطيرة، أو أنه لاينشأ عنه أية مخاطر ولكن تتضاءل فعاليته.

ومما يجدر ملاحظته أن حق الاطلاع لا يعتبر وسيلة القصد منها أن يحل محل التأمينات، ولكنه يعتبر من وسائل الضمان غير المباشرة أو الاضافية. ومن هذه الناحية لاجدال فى فائدته، علاوة على ذلك ينبغى ألا يعرض هذا الحق علاقات حسن النية والثقة بين المتعاقدين مباشرة للخطر. فالعلاقات المبنية على حسن النية والثقة تعتبر بلا أدنى شك أفضل ضمان لحسن تنفيذا العقود.

ولنر الآن بشىء من التفصيل تطبيقات حق الدائن فى الاطلاع لنقف على مدى خطورتها وفعاليتها وبالتالى مدى مشروعيتها فى القانون الوضعى.

٢- تطبيقات حق الاطلاع وتنوعها

سنعرض هنا للوجهين المختلفين فى القوة والمدى لحق الاطلاع، لنتعرف

على موقف الفقه والقضاء من كل منهما. فندرس اولا، الوجه الأول لحق الاطلاع كحق لمعرفة حالة ذمة المدين، ثم الوجه الثانى، حق الاطلاع كحق للتدخل فى شئون المدين.

أ- حق الاطلاع كحق لمعرفة حالة ذمة المدين

منذ عهد قريب تعرضت الحاجة إلى السرية، والتى تبدو وكأنها لصيقة بالطبيعة البشرية، لتغيرات محسوسة[1]. ففى الوقت الذى كانت فيه اسرار الحياة لخاصة محمية بطريقة أفضل، على الأقل من الناحية النظرية[2]، كانت أسرار الأعمال محل نقد وتعرضت لتراجع ملحوظ[3].

بلاشك فإنه تحت تأثير العقلية الانجلو الأمريكية فى الاعلام، فان هناك تياراً فكرياً يرى أنه من الضرورى على كل تاجر أن يقبل أن يخبر الجمهور بالمعلومات الضرورية، وهنا يجد الدائنون أول مصدر للمعلومات. ولكن هذا لايكفيهم حيث أن معلومات ميسورة على نطاق واسع ليس لها إلا قيمة أو منفعة نسبية. وعلى ذلك، فإنه إذا كان للدائن حق فى الاعلان، وهو الى حد ماحق سلبى، إلا أنهم لايكتفون بذلك وإنما يقومون بالبحث والتقصى الواسع عن ذمة مدينهم وذلك حتى يعرفوا أكثر مما يعرفه الآخرون. ولذلك سنعرض لدور كل من العلانية القانونية والعلانية المالية، ثم نقف على حدود حق الاطلاع فى صورته هذه فى القانون الوضعى.

---

(1) Travaux d'association H. Capitant, les secret et le droit, Journées libanaises, 1974.

(2) P. Kayser, Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétes industrielles, Mélanges Marty, P. 726, Toulouse, 1978.

(3) C. Gavalda, le secret des affaires, Melanges Savatier, P. 291, Paris, 1964; Saint Alary, Le secret des affaires en droit français, Travaux capitant precités p. 263.

١- دور كل من العلانية القانونية والعلانية المالية:

فى مسائل الاعـلام الموجهة للجمهور والدائنين، نستطيع أن نلاحظ أن هذا الأمر قد تطور بطريقة مذهلة، فالعلانية القانونية، والتى كانت بالأمس القريب فى مراحلها الأولية، أصبحت الآن تعمل بسرعة بل أصبحت أكثر فعالية نتيجة لتدخل مؤسسات متخصصة مثل COB أو مـأمـورى الحسابات"Les commissaires aux comptes" . وقد أصبح السجل التجارى، بصفة خاصة، يعكس بطريقة وافية المركز القانونى للمؤسسات التى يتزايد عدد المسجل منها فى هذا السجل.

على العكس من ذلك، نجد أن العلانية المالية، والتى تخص الدائن أكثر مازالت ناقصة الى درجة كبيرة. كما أن هذ العلانية متفرقة للغاية. ففى الواقع، إن الشخص الذى يريد أن يقف على المركز المالى للمتعاقد المحتمل معه ينبغى أن يستمد معلوماته من مصادر متنوعة للغاية. ولكن هذا الأمر لا ينصرف الى إجراءات الشهر والعلانية العقارية وكذلك حقوق الملكية الصناعية، حيث أن كل المعلومات تقريبا قد تم تجميعها فى قلم كتاب المحكمة التجارية[١]. أما العلانية المالية فبدلا من تنظيمها فى ملف التسجيل فى السجل التجارى قد تم إجراؤها فى العديد من السجلات الخاصة والتى ليست لها، بصفة عامة، علاقة فيما بينها مما يحول دون تجميعها. هذه السجلات الخاصة تسمح بمعرفة ماهو مستحق لبائع المحل التجارى وما عليه من التزامات (قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ المادة ١ فى فرنسا) أو ما هو مستحق للتأمينات الاجتماعية (مرسوم ١٩ اكتوبر ١٩٥١ فى فرنسا) ومعرفة ما إذا كان هناك إشكالات بصدد الوفاء بالكمبيالات او الشيكات (قانون ٢

---

(1) Y. Guyon, op.cit., no. 6. p. 124.

اغسطس ١٩٤٩ فى فرنسا) وأخيراً شد الانتباه نحو العقود التى تؤدى إلى انقاص يسار المدين الظاهر، مثل عقود التأجير الائتمانى (مرسوم ٤ يوليو ١٩٧٢)، والرهن الحيازى للمحل التجارى (قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ مادة١٠)، أو للمعدات والمواد (قانون ١٨ يناير ١٩٥١ مادة ٣ والتى أحالت الى قانون ١٧ مارس ١٩٠٩) ..الخ[١]. علاوة على ذلك إذا كان المدين شركة مساهمة فعليها إيداع حساباتها قلم الكتاب فى الشهر التالى لعرضها على مجلس الإدارة المنعقد من أجل ذلك (مرسوم ٢٣ مارس ١٩٦٧ مادة ٢٩٣). وأخيرا فان السجل التجارى نفسه يسمح بمعرفة ما إذاكان المدين قد خضع لاجراءات التصفية الجماعية من عدمه، أو إذا كان مالكا أو مستأجرا للمحل التجارى. كما أنه إذا تعلق الأمر بشركة فانه يمكن معرفة رأس مالها.

والعقبات الناشئة عن هذا التوزع أو التفرق للمعلومات لا تخف عن أحد. فالكل يجمع على المطالبة بإنشاء فيشه أو صندوق تجارى مركزى تجمع فيه هذه المعلومات[٢]. لكن التكلفة اللازمة لهذا الاصلاح قد منعت إلى الآن من تحقيقه.ومع ذلك فإن تطور تقنيه الاعلام l'informatique ينبغى أن يسهل ذلك بشرط إحترام التعليمات الواردة فى قانون ٦ يناير ١٩٧٨ والخاص بالفيشات المزودة بالمعلومات عندما يتعلق الأمر بتاجر من الأشخاص الطبيعين[٣].

ومع ذلك فإن العلانية المالية مازالت تعترضها العقبات التى تحول دون أن تظهر فى صورة كاملة. بطبيعة الحال، أنه ليس واقعيا أو مأمولا أن يخضع للعلانية كل مايتعلق بالجانب المحاسبى أو مايتعلق بالوظيفة المالية

(1) Y. Guyon, loc.cit.

(2) Fargeaud, Le fichier au casier commercial , Rev. trim. dr. comm. 1965, I. Rapport Surdrea, chap. 7, I, A.

(3) Y. Guyon, op.cit., no. 6 p.124.

للمؤسسة. فالعقبة الرئيسية للنظام الحالى لا تكمن فى القصور الذى يعتريه، بمعنى أن يظل هذا العنصر أو ذاك سريا أو خفيا، كشرط الاحتفاظ بالملكية مثلا، ولكن ترجع الى الطبيعة الجزئية لبعض المعلومات. ففى النطاق المالى نجد أن المعلومات غير الوافية تعادل غالبا المعلومات غير الدقيقة. مثلا سبق أن رأينا أنه ينبغى على الشركات المساهمة ايداع حساباتها الختامية المصدق عليها من مجلس الادارة قلم كتاب المحكمة، أو فى حالة رفض التصديق تودع صورة من مداولات المساهمين (مرسوم ٢٣ ديسمبر ١٩٦٧ مادة ٢٩٣)، لكن مما يؤسف له أن مجرد هذا الأيداع قد لايسمح للغير بمعرفة المركز المالى للشركة خاصة إذا كان مراقب الحاسبات قد أبدى ملاحظات أو تحفظات أو حتى رفض التصديق على هذه الحسابات.

من أجل ذلك فان المجموعة الأوربية قد تبنت عدة موجهات فى ٢٥ يوليو ١٩٧٨ لمعالجة هذا القصور. لكن الأخطر من ذلك إذا كانت الشركة تتبع مجموعة من الشركات حيث أن حساباتها المعززة فقط، والتى لم تعد اجبارية فى الوقت الحاضر (مرسوم ٢٣ مارس ١٩٦٧ مادة ٢٤٨) وهى التى تعطى لمركزها المالى طابعا مطابقا للواقع. وأخيرا نجد أن مشروع القانون رقم ٩٧٤ والذى أصبح فيما بعد مشروع رقم ٢٤٩ ينص على أنه من المفيد أن تذكر حسابات الشركات فى ملحق التأمينات الممنوحة من جانب الشركة وكذلك تعهداتها المكفولة أو المضمونة ضمانا إحتياطيا أو المضمونة بصفة عامة.

هذه الاصلاحات تعطى للدائن ثقة أكبر فى المعلومات التى يجمعها بصعوبة والتى تكون، فى النهاية، مخيبة للآمال.

أخيراً نجد أن العلانية العالية سيئة التنظيم من الناحية الفنية وبالتالى فانها تعمل بطريقة سيئة. فى الواقع أن تنظيم هذه العلانية قد تم على غرار

العلانية القانونية التى لا تقابل نفس الحاجات . ففى العلانية القانونية نجد أن السرعة ليست أمرا رئيسيا. وبالتالى نجد أن هناك فارق ١٥ يوم أو شهر بين وقوع الحادث أو إتمام التصرف وإجراء تسجيله فى السجل التجارى، أو لكى تصبح الشركة مقبولة، على العكس من ذلك فإن المركز المالى يمكن أن يسوء بطريقة سريعة، ولذلك فان الدائن يجب أن يستطيع الاعتماد على المعلومات من يوم الى آخر. والقانون الحالى لايسمح ببلوغ هذا الهدف. فليس عن طريق صحيفة قانونية للاعلانات أو الايداع فى قلم الكتاب يستطيع الدائن أن يقف على الصعوبات التى وجد فيها مدنيه. والدائن غالبا ما يستقى معلوماته من الشائعات أو من الصحف أو من الراديو أو من التليفزيون.

هذا الاختلال يزداد خطورة نتيجة أن العلانية لا تكون مفروضة إلا فى وقت متأخر جدا. هكذا نجد أن الخسارة التى تبلغ ثلاثة ارباع رأس مال الشركة هى وحدها التى تلزم المديرين باجراءات العلانية. هذه النسبة عالية ونيبغى أن تخفض الى نصف رأس المال فى الشركات المساهمة تطبيقا لتوجيهات المجموعات الأوربية فى ١٣ ديسمبر ١٩٧٦. ولكن ليس مؤكدا أن هذا الاصلاح يمكن أن يمتد إلى الشركات ذات المسئولية المحدودة حيث أن فائدته لايمكن مع ذلك إنكارها.

ولذلك لا ينبغى أن نندهش إذا لم تحترم إجراءات العلانية المالية إلا قليلا[١].

وعلى ذلك فان إستخدام المعلومات المتاحة لا تعطى للدائن المستقبل أو الحال إلا أمانا محدودا أوغير كاف. فحقه فى الاطلاع ينبغى أن يتجاوز المظاهر وأن ينصب على ذات ذمة مدينه.

---

(1) Rép. minist. 25 fév. 1980, Rev. Soc. 1980, 355; crim. 15 mai. 1974, Rev. Soc. 1974, 752, note Bouloc, D. 1976, 226 note Vizan - Trib com - Paris 17 Janv. 1979, J.C.P. 197, II 19167 note Gyuon.

٢- حدود هذا الحق في القانون الوضعي:

حق الدائن فى التقصي والتحرى عن ذمة مدينه ليس معترفا به فى القانون الوضعى بل على العكس يبدو أن القانون الوضعى يناهض هذا الحق الى حد ما. فالمدين كأى مواطن، له الحق فى احترام سرية أعماله، طالما أنه موسر وملئ. علاوة على ذلك بعض العقود كالوكالة تلزم الوكيل بتقديم حساب الى الموكل. لكن هذا الالتزام هدفه الحقيقى حق الاطلاع المباشرة الذى يبدو أنه غير مسموح به.

بالرغم من أن مبدأ إحترام ذاتية المدين يبدو مبررا إلا أنه مع ذلك مصدر للعرقلة. فى الواقع إن المدين ليس عليه التزام مسبق على التعاقد بأن يعطى معلومات عن يساره . لكن على الدائن أن يستعلم عن ذلك[1] . فهل القانون يعطيه الوسائل اللازمة لذلك؟ ليس هناك شيء مؤكد من ذلك فيما عدا بعض العقود الخاصة كالتأمين مثلا.

فالدائن الحصيف سيحاول أن يرتب لنفسه عن طريق الاتفاق حق الاطلاع على ذمة مدينه.

فأثناء المفاوضات، يقبل المدين بطبيعة الحال أن يخبر دائنه المستقبل لأنه يعلم بأنه بدون تعاونه لايمكن أن يبرم العقد. هكذا نجد أن رجال المصارف يعلقون بصفة عامة منح أو تجديد القروض على تقديم حساب ختامى معتمد انتظامه وسلامته من جانب خبير محاسبى أومراقب الحسابات.

إذا كان العقد من العقود ذات التنفيذ المستمر فإن الدائن يعمل على منحه صراحة حق رقابة التنفيذ المنتظم من جانب المدين لالتزاماته، وهكذا نجد أن هناك شروطا تنص على التبليغ الدورى للحسابات، أو تعطى للدائن حق

---

(1) J. Ghestin Droit Civil, le contrat, no. 495, 1980.

الاطلاع المباشر والمألوف عليها. ففى حالة عقد القرض هذه الشروط تسمح للمصارف بأن تجمع وتكمل المعلومات اللازمة عن طريق مراقبة حساب عميلها، وانتظامه فى السداد فى الآجال المحددة، قيمة وأهمية الأوراق المودعة للخصم..الخ. هذه الاشتراطات صحيحة من حيث المبدأ وفعالة، لأن العقد شريعة المتعاقدين ولكنها تصطدم مع ذلك بكثير من العقبات أو الاعتراضات.

فمن ناحية ينبغى أن يتحدد حق الاطلاع بذمة المدين ولايتجاوزها الى حياته الخاصة. ومع ذلك هذه الحياة الخاصة تهم الى درجة كبيرة الدائن، لأنها يمكن أن تؤدى إلى تعديلات لايمكن تجاهلها فى يسار المدين. فالبنك مانح الائتمان أو المصدر لكروت الدفع له مصلحة واضحة فى معرفة ماذا كان العميل أهواء مكلفه أو على العكس من ذلك يعيش حياة جادة ومنظمة كحياة بورجوازى من القرن ١٩. لذلك سيحاول البنك أن يطلب من العميل ملء استمارة أسئلة مفشية جدا للسر. وإذا طبقنا على ذلك المبادىء المستخلصة من استمارة الأسئلة الخاصة بالاستخدام أو التوظيف فإنه ينبغى أن نقرر عدم مشروعية كل طلب للاستعلام عن الحياة الخاصة، ولكن فكرة الحياة الخاصة ذاتها فكرة غامضة. فحالة الشخص لا تعتبر داخلة فيها لأنها مكتوبة فى سجلات رسمية[1]. وعلى ذلك فانه يمكن أن يطلب من المدين أن يكشف عن النظام المالى للزوجية أو عدد اولاده. على العكس من ذلك سيكون محل نقاش شديد مجرد السؤال عن مراكز فعلية. كما إذا كان له علاقة غير مشروعة، أو أنه يحتفظ بعلاقته بخليله أو أكثر، حتى ولوكان ذلك مصدراً للانفاق لايمكن تجاهله. وبطبيعة الحال إذا أراد الدائن أن يستعلم

انظر فى ذلك:

(1) les obs de J. Mestre au D. 1981, 68.

عن الوضع الحالي لذمة مدينه فإنه لايستطيع أن يضمن فى إستمارة الأسئلة مايتعلق بالأمل فى ميراث مستقبل ينتظره المدين، ونظرا لغياب القواعد القانونية المحددة نجد أنه من المجدى أن يتم تحديد محتوى استمارة الأسئلة على ضوء مايجرى به العرف والحس السليم(١).

من ناحية أخرى، فى فرنسا عندما يكون الدائن أجنبيا فانه ينبغى الأخذ فى الاعتبار قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ هذا القانون يقيد بصفة أساسية الابلاغ عن المعلومات الاقتصادية أو المالية للسلطات العامة الأجنبية، فى حين أن الدائن الذى يمارس حقه فى الاطلاع عادة ما يكون شخصا عاديا. ومع ذلك فإنه من أجل ضمان التطبيق الفعلى لمعاهدة المساعدة القضائية، فالمادة ٢ منها تحظر البحث أو الابلاغ عن معلومات يمكن أن تؤدى الى تكوين أدلة تستخدم فى إجراءات تتم فى الخارج. هذا الاحتمال دائما قائم، خاصة فى مسائل الاعتداء على المنافسة الحرة. ولذلك فان الحيطة متطلبة قبل قبول الاجابة على إستمارة الأسئلة(٢).

فى النهاية، ينبغى ألا يؤدى حق الاطلاع الذى يمنحه إتفاقيا المدين للدائن إلى الاعتداء على حقوق الغير. وهذه المسألة تعرض بصفة خاصة فى حالة الشرط الذى يعطى الحق فى الاطلاع على الحسابات، لأن الدائن سيطلع على الدفاتر المتضمنة القيود المحاسبية التى تكشف عن علاقة المدين مع غيره. فى الواقع إنه لايوجد أى نص يمنع هذا الاتصال إلا فى

---

(١) انظربصدد عقد التأمين:

- Les suggestives remarques de MM. Berr et Groutel au D. 1981, 89.

(2) Les nouvelles dispositions régissant la communication de renseignements à des personnes physique ou morales étrangères Rev. conc. et consom. 1981, no. 2 p.43, Rép, min. 26 Janv. 1981, J.C.P. p. 81 éd, C1 , II, 13504.

حالة المدين الذى يباشر مهنة معينة حيث يقع على عاتقة التزام باحترام سر المهنة. ومع ذلك إذا تسبب الافشاء، بصفة عامة، فى ضرر للغير يستطيع هذا الأخير أن يطالب بالتعويض طبقا للقواعد العامة فى المسئولية المدنية. كما يستطيع أن يرجع على كل من المدين، الذى أخطأ فى السماح للدائن بمعرفة معلومات تخص الغير، والدائن الذى إستعمل خطأ هذه المعلومات. ولذلك فإنه ينبغى على المدين الذى يمنح دائنه حق الاطلاع أن يحصل منه فى المقابل على تعهد بالاحتفاظ بسرية كل مايتعلق بالغير.

٢- الاطلاع عن طريق الغير وحدوده:

إذا لم يكن هناك إشتراط لأى حق مباشر للاطلاع، أو إذا اراد الدائن أن يعرف المزيد، فانه يلجأ الى متخصصين فى التحرى والبحث لتزويده بذلك. ويبدو أن هذا الاسلوب قد أصبح شائعا. فالبنوك تخبر عملاءها عن ماسمى بالرأى فى المكان "L`opinion de la place" وهو مايعنى أهمية الائتمان الذى يمكن منحه للتاجر دون أن يتعرض لمخاطر كبيرة أو باهظة[١]. كذلك فى بعض الاحيان، يقبل المحضرون الاخطار عن التجار الذين تم انذارهم بالدفع، أو التنبية بالحجز، أو إتخذ فى مواجهتهم إجراءات البروتستو[٢]، وأخيرا توجد جمعيات أو نقابات، بل ومؤسسات متخصصة فى التزويد ببيانات محددة ودقيقة، هذه البيانات غالبا ماتكون ذات طابع سلبى، كالقوائم بالمماطلين فى الدفع.

هذه التحقيقات المتعلقة باليسار كانت مثار العديد من التحفظات، بل إن مشروعيتها ذاتها ليست مقطوعا بها. فى الواقع أن من يحوزون المعلومات،

(1) C. Cavalda et J. Stoufflet, Droit de la banque no. 618 bis.

(2) Béguin, Les procédures speciales aux affaires, no. 10, 1973.

ذات الأهمية هم أنفسهم الذين يقع عليهم التزام بالسر المهنى وينبغى عليهم إذن عدم البوح بأى شيء[1].

ولذلك نجد أن موقف القانون الوضعى فى هذا الصدد متفاوت، وخاصة وأن هؤلاء الأمناء على السر الضروريين، وهم غالبا من ذوى الشأن، يحصلون ايضا بطريقة مفضلة على الأنباء المتعلقة بالشائعات العامة. مصلحة الائتمان والاقتصاد، بصفة عامة تسمح، لهم بذكر هذه المعلومات. وسيكون من المعقول مد هذه الرخصة إلى الاتجاهات العامة التى يمكن إستخلاصها من معلومات محددة ومبلغة الى بعض المهنيين، وبصفة خاصة البنوك فيما يتعلق باستعمالهم الشخصى (كالخدمة المركزية للمخاطر، ومركز الحسابات الختامية، والمعرفة بالحظر البنكى لاصدار الشيكات..الخ) وبالتالى لاتقوم مسئولية البنك إذا أعطى أحد عملائه، مع التحفظ والموضوعية، معلومات عامة عن يسار شخص آخر أو عميل آخر طالما أن هذا المعلومات دقيقة[2].

على العكس من ذلك تقوم مسئولية البنك نحو عميله إذا هو أبلغ معلومات ملفقة، ولايهم أن تكون هذه الخدمة قد تم تأديتها بالمجان، وأن البنك الذى طلب منه عميله أن يقوم بها، إقتصر دوره على نقل هذه المعلومات التى تم تزويده بها من مراسله[3]. وقد طبقت الدائرة التجارية فى محكمة النقض الفرنسية هذه المبادىء فى حكمها الصادر فى ١٥ يناير ١٩٨٠[4]. وكانت

---

(1) C. Gavalda, et J. staufflet, op.cit., no. 395.

(٢) انظر علي سبيل المثال:-

- Colmar, 24 mars 1961 Rev. trim dr. com 1961, 895, ob. cabrillac et Becqué.

(٣) انظر العكس عندما يقتصر دور البنك علي نقل المعلومة:

- Com. 5 févr. 1962, Rev. trim dr. com. 1962, 451 note cabrilla et Becqué

(4) Rev. Soc. 1981, 57 mote M. Guilberteau.

وقائع هذه القضية تتلخص فى أن أحد البنوك قد أعطى معلومات فى صالح احدى الشركات العميلة، لكن قد أهمل فقط فى تحديد أن هذه الشركة لم تكن قد تم تسجيلها بعد فى السجل التجارى. وقد أدين البنك بدفع مبلغ من التعويض للمورد الذى قام بناء على هذه المعلومات، بتسليم بضاعة ولم يستوف من الشركة ثمنها.

وإذا كانت المعلومة المغلوطة خطيرة فانه سيكون للغير طلب التعويض من البنك بسبب الاعتداء على سمعته التجارية[1]. وبالرغم من مناقشة هذه المسألة إلا أنه يبدو أن الغير الذى يشكو التشهير عليه أن يثبت الضرر الذى أصابه وايضا الصفة السرية أو عدم دقة المعلومات المبلغة.

ولذلك نجد أن موقف البنوك حرج حيث أن أحكام القضاء الحديثة تلقى باللائمة عليهم ليس فقط لأنهم قد أعطوا معلومات عن خفة، ولكن ايضا لامتناعهم عن إثارة الحذر عند عملائهم عندما يكون يسار المتعاقدين معهم فى حالة تبدل وتغير[2]. وإذا تأكد هذا الاتجاه فإنه سيصبح على البنوك التزام بالإعلام أو النصيحة.

بعض المعلومات المتعلقة بيسار العملاء يتم نشرها إلى الأعضاء ايضا عن طريق الجمعيات والمجموعات المهنية، وبصفة خاصة، تجار الجملة ينضمون اراديا الى شبكة مهمتها إبلاغهم دوريا بقائمة تجار التجزئة المماطلين فى الدفع. بعض الأحكام، وإن كانت قليلة، تعتبر هذا المسلك مشروعا سواء من الناحية المدنية أو الجنائية، طالما أن المعلومات دقيقة وأن اصحاب المصلحة تصرفوا بحسن نية، بمعنى أن الهدف الاساسى من ذلك هو تجنب عدم استيفاء حقوقهم[3]. ومع ذلك هناك صعوبات فنجد أن المادة

(1) com. 7 fevr. 1977 Bull IV, No. 39 p. 36, C. Cavalda et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire, J.C. P. 1981 éd ci.II 13506, no.142.

(2) com,9 juin 1980, D. 1981 inf-rap 192 note Vasseur

(3) Paris, 20nov. 1957 J.C.P. 1958 II, 10841 Trib gde. inst. Paris 13 déc. 1979 D. 1970, inf- rap. 325, Rev. trim dr. com 1980, 571 note Alfandari et Jeantin

من قانون ٢ أغسطس ١٩٤٩ فى فرنسا يمنع أى نشر فى أى شكل لأسماء المتخذ ضدهم البرتستو. على ضوء ذلك نتساءل عن مدى إمكانية هذه المنظمات من الابلاغ المنتظم لاعضائها بقائمة العملاء الذين إتخذت فى مواجهتهم إجراءات البرتستو. الاجابة على هذا التساؤل لاتكون بالإيجاب إلا إذا كان النشر قد تم لمجموعة مغلقة وبطرق تضمن لهم الصفة السرية بحيث لا يوجد علانية حقيقية(١) . ولكن هناك شك عندما تضم الجمعية أو النقابة عددا كبيرا من الاعضاء وتترك مجالا للجمهور لمعرفة المعلومات التى تنشرها. أخيرا الأمر يتطلب المزيد من الموضوعية عندما تكون المعلومات إجمالية ويتم تكملتها بتقديرات شخصية متعلقة باليسار أو بالشرف، أو بالديناميكية التجارية..الخ، الخاصة بالغير.

علاوة على ماتقدم يستطيع الدائن أن يلجأ الى وكالات متخصصة فى التحقق والاستعلام التجارى، فالمراكز الواقعية، والاسعار المطلوبة تكون غاية فى التنوع، إبتداء من المعلومات المنتظمة وقليلة الأهمية الى التحريات المتعمقة. مع ذلك تظل المبادىء كما هى. فتقوم مسئولية هذه الوكالات عندما تكون المعلومات المعطاة غير دقيقة(٢) .

وفى فرنسا قد جاءت لائحة إدارية، تم تعديلها بالمرسوم الصادر فى ٩ فبراير ١٩٧٧، لتدخل تحسينا على عمل هذه الوكالات. وبصفة خاصة باستبعاد الأشخاص المشكوك فى اخلاقياتهم من المهنة، ومع ذلك مازال التطور محتملا.

وبالرغم من أن القاعدة لم تكن قد ارسيت بعد بطريقة واضحة إلا أنه يبدو أن إبلاغ المعلومات لايشكل الا التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة، اذا

---

(١) قارن ذلك بما يحدث فى الاكتتاب العام فى الشركات

Bézard, sociétés civiles 1979, no.334

(2) Lyon, 27 doct., 1971 D. 1972, note Tendler, J.C.P. 1972, II 17012 note R. Savatier.

أخذنا فى الاعتبار صفة الاحتمال التى يتضمنها أداء هذه الخدمة. وعلى ذلك فان الدائن الذى خدع نتيجة معلومات غير دقيقة عليه اثبات علاوة على عدم الدقة، خطأ أو تقصير أو إهمال من قام بابلاغه بهذه المعلومة. هذه الكيفية فى الاثبات تخفف الى حد كبير المخاطر التى يتعرض لها الأشخاص الذين يقومون باعطاء المعلومات.

على أية حال إن التهديد بالمسئولية للقائمين على جمع وتبليغ المعلومات تؤدى بهم الى تكثيف الاحتياطات. ولذلك نجد أن الوكالات المتخصصة قد درجت على إعطاء المعلومات ذات الصفة السرية، والأكثر اهمية شفاهة أو بطريقة غامضة أو مقترنة بتحفظات تحد بطريقة واضحة من نطاقها، ولهذا فان قيمة هذ المعلومات التى تم جمعها بصعوبة تقل الى حد كبير. لذلك على الدائن أن يقرر وحده، لأن عقد التزويد بالمعلومات يختلف عن عقد المشورة، وإن كانت الفروق بينهما ليست دائما واضحة. ففى هذا المجال نجد أنه على الدائن ان يقوم بتفسير ما قيل له ومعرفة ما إذا كان ذلك يمثل الحقيقة أو لايمثلها، فالشيء المؤكد أنه لايمثل كل الحقيقة.

الملفت للنظر أن كل المعلومات يمكن أن يشوبها الغموض، فأ قدميه مؤسسة يمكن أن تكون مؤشرا على قوة مركزها (نتيجة لخبرتها) أكثر من ضعف مركزها أو شيخوختها[١]. وجود عنوان مركز الشركة فى مكان راق يمكن أن يكون موطنا وهميا. على العكس من ذلك فان المعلومات غامضة فى الظاهر يمكن أن يكون لها دلالة محددة (ائتمان بسيط، ائتمان متوسط،،،الخ). على ذلك فانه ينبغى ان تستقرأ المعطيات الحالية لمحاولة التكهن بمستقبل المدين.

---

(1) V. Guyon, op.cit., no. 17, p. 129.

ب - حق الاطلاع كوسيلة للتدخل في شئون المدين

حق تدخل الدائن يثير العديد من التحفظات لأنه يعامل المدين كشخص عديم الأهلية أو محتاج لمساعدة. القانون الوضعى لايسمح بذلك إلا إذا توقف المدين عن الدفع. فالدعوى البوليصية أو الدعوى غير المباشرة يمكن رفعهما على المدين إذا توافرت شروطهما. لكن هاتان الدعويان لا تسمحان إلا بتدخل محدود. فحق التدخل لا يسمح به على نطاق واسع إلا إذا كان المدين محل إجراءات جماعية تؤدى إلى غل يده. هذه الفروض معروفه ويجب أن نترك جانبا.

لكن طالما أن المدين موسر فحق الدائن فى التدخل محدود واستعماله محاط بالمخاطر. ولذلك يجب أن نقف على الوسائل ، القانونية أو الاتفاقية، التى تجيز للدائن التدخل وحدود هذه الوسائل.

(١) الوسائل القانونية للتدخل وحدودها.

إذا أخذنا فى الإعتبار النصوص المطبقة نجد أن تدخل الدائن فى شئون مدينه له طبيعة إستثنائية ونطاق محدد. بطبيعة الحال الدائن يستطيع فقط أن يتخذ بعض الاجراءات القضائية التى تهدف إلى تجنب اختفاء أموال مدينه.

تتسم هذه الاجراءات، بصفة عامة، بطابع سلبى محض. فهى تترك المدين على رأس ذمته ولا تفرض عليه إلا قيود منتظمة. والوسيلة الفنية الأكثر إستعمالا فى هذا المجال هى الحجز التحفظى. وهذه الوسيلة تسمح لكل صاحب حق ثابت من حيث المبدأ أن يقوم بالحجز على كل أو جزء من منقولات المدين عند الاستعجال وعندما يكون تغطية الحق فى خطر. وبالمثل يستطيع الدائن أن يطلب الاذن له بالحصول على رهن حيازى على

المحل التجارى أو رهن رسمى بشرط أن يتم ذلك قبل فترة الريبة. هذه الاجراءات التحفظية لا يمكن تجاهلها. يرى البعض أن هذه الاجراءات قد تعطى مجالا للتعسف، لكن فى الواقع أن هذا الخطر ملازم لكل الاجراءات التحفظية حيث أنه لا تظهر فائدتها إلا إذا إتخذت مبكرا، فى وقت يكون سند القانونى غير مؤكد.

من الناحية النظرية نجد أن الدائنين يتمتعون برخصة أخرى، تشبه للاجراء التحفظى، وإن كانت نتائجها أكثر اجمالية. ففى فرنسا نجد أن لكل دائن أو مجموعة من الدائنين لمؤسسة هامة وديونهم تمثل ١٥ ٪ على الأقل من قيمة الديون إنذار المدين من أجل فتح إجراءات الوقف المؤقت للمطالبة القضائية (م٧ من القرار رقم ٢٣ سبتمبر ١٩٦٧). هذه الاجراءات على خلاف التسوية القضائية أو تصفية الأموال، لا تتطلب التوقف عن الدفع، ولكن يكفى أن يكون مركز المدين المالى صعبا، فحق الدائنين فى التدخل فى ذمة المدين الذى مايزال موسرا يعتبر شيئا ثوريا بالنظر الى مبادىء القانون المدنى، ولكن فى الواقع عرض الأمر على المحاكم من جانب الدائنين يعترضه صعوبات لا يمكن التغلب عليها تقريبا. فمن ناحية نجد أنه من الصعب على الدائنين إثبات أن ديونهم تمثل ١٥ ٪ على الأقل من الخصوم، خاصة وأن مبلغ هذه الخصوم لم يتم التحقق منه ولا معرفته[١]. ومن ناحية أخرى نجد أن الدائنين لا يميلون كثيرا الى المضى فى اجراءات تؤدى إلى تقييد حقوقهم بطريقة واضحة ولا يكونون فى أثنائها مساهمين. وعلى ذلك يمكن القول أن مباشرة الدائنين لاجراءات الوقف المؤقت للمطالبة القضائية يعتبر من قبيل الفروض المدرسية[٢].

(1) Y. Guyon, Droit commercial (procédures collectives) p.58.

(2) Hamel,Lagarde et Jaufret, Droit commercial, t. II, NO. 1048, 1966.

كما أن الاجراءات التحفظية غير القضائية تعتبر إجراءات أكثر استثنائية، فالقانون الوضعى لا يسمح بتطبيقها إلا فى حالة التصرف الوارد على المحل التجارى أي على المال الذى يكون غالبا العنصر الرئيسى لذمة المتاجر (قانون ١٧ مارس ١٩٠٩) فكل دائن حتى ولو كان حقه غير مستحق الاداء، أعلن بإجراء من الاجراءات الخاصة بالعلانية، يستطيع أن يقدم اعتراضا على دفع الثمن مباشرة إلى البائع. وهكذا نجد أن المدين، بائع المحل التجارى، لا يمكن إستلام الثمن مباشرة، وبالتالى لا يستطيع أن يبدده، هذه الوسيلة مثيرة للاهتمام ولكنها ثقيلة، ولذلك لايمكن تصور نقلها الى بيع عناصر اخرى مهمة من ذمة المدين، وبصفة خاصة العقارات.

ومن يريدون حماية أفضل للدائنين اتجهوا بابصارهم نحو طريق آخر. ربما يكون الطريق الأسهل، فقد طالبوا بجعل تنظيم الاعسار التدليسى جريمة. ولذلك فقد كان هناك مشروع بقانون فى هذا الإتجاه قد تم مناقشته فى البرلمان الفرنسى فى عام ١٩٧٧، ١٩٧٨، ولكن لم تتم الموافقة عليه بصفة نهائية وذلك بسبب عدم انفاق المجلسين على فلسفته العامة. فمجلس الشيوخ إرتأى قصر التجريم الجنائى على حالة تنظيم الاعسار التدليسى وعلى العكس من ذلك نجد أن الجمعية الوطنية ترى مد التجريم الى كل الحالات التى يحاول فيها المدين بالتزام، أيا كان مصدره، التنصل عنه عن طريق تنظيم اعساره. أو الزيادة فى إعساره عن طريق تصرفات محددة للغاية.

فى نهاية الأمر قد ترك المشروع جانبا. حتى بالنسبة لانصار التشدد التام فى مواجهة المدين لم يأسفوا على هذا المشروع، لأنه يقيم تفرقة فى غاية الصعوبة، إن لم تكن مستحيلة، بين الاعسار الواقع على المدين وهذا مشروع، والاعسار التدليسى المستثار وهذا غير مشروع.

يتسع نطاق تدخل الدائن قليلا عندما يكون المدين شخصا معنويا. فى الواقع إن الصفة الجماعية للادارة فى هذه التجمعات تجعل من المقبول أكثر أن يكون للدائنين حق إطلاع نشيط نسبيا. ولكن يمكن أن نلحظ بعض الفروق فى هذا الصدد.

الدائنون غير أصحاب السندات لشركة تجارية لا يتمتعون إلا بميزة خاصة. يستطيع هؤلاء الدائنون الاعتراض على عملية دمج تساهم فيها الشركة المدينة سواء كانت شركة دامجة أو كانت شركة مندمجة (فى فرنسا قانون ٢٤ يوليو ١٩٦٦ مادة ٢/٣٨١). وهذا الاعتراض يجب أن يقدم خلال ٣٠ يوما من الاعلان عن مشروع الاندماج (مرسوم ٢٣ مارس ١٩٦٧ مادة ٢٦١). هذا الاعتراض مفتوح لكل الدائنين أصحاب الحقوق السابقة على الاعلان. ويجب عل المحكمة أن تبحث فيما إذا كان الدمج المقترح يمكن أن يعرض مصالح الدائنين للخطر أم لا. فى حالة الإيجاب، يمكن أن تأمر بالدفع فى الحال لهذه الحقوق أو بتقديم تأمينات من جانب الشركة الدامجة. ويلاحظ أن حق الاطلاع هذا والممنوح للدائنين يعتبر محدودا. وذلك لأن عدم تنفيذ الشركة لقرار المحكمة لايحول دون الدمج كل ماهنالك أن هذا الدمج يعتبر غير نافذ فى حق الدائنين المعترضين. النتيجة المنطقية أن هذا الاجراء يعطى حق أولوية على أموال الشركة المدينة وبالتالى لا يتعرض هؤلاء الدائنين لمزاحمة دائنى الشركة الأخرى[1]. هذا النظام لا يتأثر بتوجيهات مجلس المجموعة الأوربية الصادر فى أكتوبر ١٩٧٨ والخاص بالاندماج، وذلك لأن هذه التوجيهات لم تفرض على المشرع إلا النص على الحماية المناسبة للدائنين. وعلى ذلك فان حق الدائنين غير اصحاب السندات

(1) Hemard, Terré et Mabilat, Société commerciales, t III, no.962, 1978.

فى الاطلاع مازال سلبيا الى حد ما، لأنه لا يمنع الشركة المدينة من تحقيق ما اعتزمته.

أما الدائنون أصحاب السندات يستفيدون من حق فى الاطلاع أكثر فعالية. فهؤلاء الدائنون مع اصحاب حصص التأسيس، لهم فقط كلمة فى إدارة ذمة مدينهم. حق الاطلاع هذا له طابع تنظيمى. ويتم ممارسة هذا الحق عن طريق جماعة أصحاب السندات أو ممثليهم[1]. وقانون الشركات فى كل من فرنسا ومصر لايجيز مباشرة رقابة فردية على عمليات الشركة أو طلب إعطاء المستندات الخاصة بالشركة. هكذا نجد إستثناء أن الدائنين لمدين موسر قد شكلوا جماعة من أجل المساهمة فى إدارة أموال مدينهم وأساس حق الاطلاع فى هذه الحالة مازال مع ذلك غامضا. فهل يتعلق الأمر بزيادة الأمان لأصحاب السندات أو على العكس الأمر يتعلق بتسهيل إدارة الشركة للقرض عن طريق وضعها فى علاقة مع جماعة منظمة. على أية حال فى فرنسا قد نص القانون على سبيل الحصر على النقاط التى يمكن إستشارة أصحاب السندات فيها، تعديل محل أو شكل الشركة، اقتراح بالدمج أو الفصل، مشروع باصدار سندات متضمنة تظاما تفضيليا، إقتراح بالتنازل عن ضمانات أو مد أجل دفع الدين أو فوائده.. .الخ.

علاوة على ذلك فان القانون قد حدد آثار هذه الاستشارة ولم يسمح الا إستثناء بأن عدم موافقة أصحاب السندات تمنع الشركة من تحقيق مشروعها. والحالة التى يمكن ان نصادفها وتعطى أصحاب السندات هذا الحق هى فقط إذا تعلق الأمر بالاعتداء على الحقوق الأساسية لأصحاب السندات، كانقاص سعر الفائدة، أو تأجيل دفع ماهو مستحق لهم، أو تغيير

---

(١) ق ٢٤ يوليو ١٩٦٦ مادة ٢٩٣ فى فرنسا، وفى مصر ق ١٥٩ لسنة ١٩٨١، مادة ٥٢.

تاريخ استرداد حقوقهم (م٣٢١ من ق ٢٤ يوليو ١٩٦٦) أما فى الفروض الأخرى بما فيها الاندماج، يمكن للشركة أن تصرف النظر عن رأيهم، وكل ما هنالك ستكون الشركة ملزمة، من حيث المبدأ، برد قيمة سنداتهم فى الحال. وهناك نظام مختلف قليلا يطبق فى حالة ما اذا كانت الشركة قد أصدرت سندات قابلة للصرف أو للتداول. فى النهاية، نجد أن أصحاب السندات، بالرغم من أنهم دائنون لهم حق الاطلاع الأكثر إتساعا، ليس لهم غالبا إلا الخيار بين أمرين، إما الانصياع أو طلب استرداد قروضهم، ولذلك، فإنهم لا يتدخلون بالمعنى الحرفى لهذه الكلمة فى شئون الشركة المدينة[1].

٢- الوسائل الاتفاقية للتدخل وحدودها

هذا الطابع الجزئى للنصوص القانونية قد دفع الدائنين إلى الالتجاء إلى تنظيم اتفاقى لحق إطلاع إيجابى. ومع ذلك فهذه النتيجة ليس من السهل الوصول اليها دائما.

فقد جرى العمل على أنه عند منح قرض واجب الرد على آجال دورية، تطلب البنوك من المقترض أن يوقع لهم إخطارا بالخصم المباشر من حساباتهم. هذا الاسترداد يكتسب بذلك طابعا آليا منذ الوقت الذى يصبح فيه الحساب دائنا. كما تطلب البنوك من أجل تحقيق ضمان أفضل لحقوقهم، تعهدا من المدين بتحويل مرتباته المستحقة إلى نفس الحساب. وكذلك يشترط بعض المؤجرين نفس الشىء لضمان دفع الإيجارات المستحقة. هذه

أنظر فى فرنسا

(1) Y. Guyon, op.cit, no.22 p.131.

فى مصر انظر استاذنا الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى، مقدمة فى الأعمال التجارية والتجارة والشركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية، منشأة المعارف، ١٩٨٤ فقرة ٤١٤، ص ٣٢٣.

الوسائل تقيد حرية المدين ويبدو أنها صحيحة فى الحدود التى يسمح فيها للمدين برخصة العدول فى أى لحظة عن الاخطار بالخصم[١] . ولا ينبغى أن يكون هذا الرجوع سببا لفسخ العقد الرئيسى.

لكن رقابة أكثر قربا من جانب الدائن على نشاط مدينه يمكن أن تكون مخالفة لنظام العام.

فإذا تعلق الأمر بشخص طبيعى، فإن تعهد المدين لدائنه بأخذ رأيه قبل الاقدام على أى تصرف هام يعد من قبيل وضع المدين فى نوع من عدم الأهلية الاتفاقية، ولذلك مثل هذا التقييد للأهلية يعتبر غير نافذ فى حق الغير. وصحة مثل هذا الاتفاق بين طرفيه محل شك، حيث أن عدم الأهلية لايمكن أن ينشأ إلا من القانون[٢]. وهذه الملاحظة تصدق ايضا على أى إتفاق على منع المدين من إعطاء تأمين عينى أو شخصى أو تأجير المال دون موافقة من الدائن، وكل مايسمى بالتأمينات السلبية[٣]. ومع ذلك، يجب أن نلاحظ أن الحلول فى هذا الصدد متفاوته، حيث أن المحاكم، والتى تدين كل تدخل من جانب الدائن تتجه الى السماح بمسئولية رجال المصارف الذين لايراقبون إستعمال عملائهم للمبالغ المقترضة والذين يسببون بذلك إضرار للغير[٤].

أما فيما يتعلق بالاشخاص المعنوية المدينة، فإن صحة مثل هذه الاتفاقات، كالتعهد بعدم توزيع أرباح، أو حتى شرط pari passu ايضا محل

---

(١) انظر: Gavalda et Stoufflet, op.cit., no. 614

(٢) وينص التقنين المدني المصرى في مادة ٤٨ علي أنه ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها كما تنص المادة ٤٩ علي أنه ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية.

(3) Y. Chaput, les Sûretés négatives, op.cit., p. 165.

(4) Com. 18 nov. 1980, D. 1981, 210 note stoufflét.

نقاش. وكذلك الاتفاق على التصويت فى إتجاه معين، أو على حرمان جهاز الإدارة والتمثيل من السلطات المخولة لهم قانونا. فى نطاقات أخرى، وبصفة خاصة، فى مجال الفروع المشتركة، قد حكمت المحاكم بعدم صحة هذه التنازل الاتفاقى[1].

على ذلك، فإنه لا يمكن للاطراف الانفاق على تنظيم حق إطلاع نشط الا فى حدود ضيقة جدا.

القضاء تدخل فى الحالات التى يبدو له فيها أن تدخل الدائن ضرورى لحماية حقوقه ومتسامح فيه بالنسبة للمدين. ولذلك فإن أحكامه متنوعة جدا فى هذا الصدد.

وقد أعطى قانون الشركات فى فرنسا الأمثلة الموضحة لهذا الاتجاه، وذلك لأن التدخل ممكن إحتماله فى شئون الشخص المعنوى أكثر منه بصدد الشخص الطبيعى. ولذلك نجد أن حكما للدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٠ يناير ١٩٧٢ قد قضى بقانونية تعيين مراقب مكلف، بناء على طلب المتنازل للتأكد من احترام المتنازل له بأسهم شركة مساهمة لتعهده بضمان استمرار الشركة المطلوب منه رقابتها[2]. ومن أجل ذلك قد منح المراقب حق حضور جلسات مجلس الإدارة، وحق الاطلاع على كل التصرفات والمستندات الخاصة بالشركة. ولكن هذا التعيين لا يتضمن غل يد مديرى الشركة، لأن الأمر يتعلق بالرقابة لا بالحلول محلهم. كما أن

---

(1) Trib. com. Paris, 1er aout 1974, Rev. Soc. 1974, 685 not oppetit, Rev. trim, dr. com. 1975, 130 note Houin, Gaz Pal 1974, 525.

(2) J.C.P. 1972, II, 17134, note Guyon; Rev. soc. 1973, 118 note coudert.

هـذا التعـيين مؤقت حيث أن المتنازل قد رفع دعوى يطالب فيها بفسخ التنازل لعـدم تنفـيذ الشروط. هذا الاجـراء يعتبـر مع ذلك جـريئا حـيث أنه قد طبق على شركة ليست هى المدين المباشر كما أن ملكية الأسهم لم تكن محل منازعة[١].

وفى حكم حـديث لمحكمة ليون قد أمرت المحكمة بتعيين مراقب للادارة بناء على طلب بنكين مستفيدين بحق رهن حيازى على ٩٤٪ من أسهم الشركة، على أساس أن قيمة الرهن يتهددها خطر محدق. هذا الوكيل قد خول فى مهمته بالاطلاع على كل الوثائق، وأن يساهم فى كل اجتماعات أجهزة الإدارة[٢]. وهنا ايضـا نجـد أن طالبى الرقابة لم يكونـوا دائنين مباشرين للشركة التى هى محل المراقبة فى إدارتها. وعلى ذلك فإنه ليست صفة الدائن وإنما الطبيعة المحدودة للاجراء المطلوب هى التى جعلت المحاكم تقبل هذا الطلب.

ونتج عن ذلك، بالرغم من أن المسألة محل خلاف، أن المحاكم ترفض بصفة عامة تعيين مدير حقيقى مؤقت، حتى ولو كان الطلب قد تم تقديمه من الدائن المباشر.

فى الواقع إن المحاكم تعتبر أن غل يد المديرين يعد إجراءاً خطيراً للغاية خاصة عندما يطلب ذلك منها من أجل فقط ضمان أو تعزيز حقوق الدائنين

---

(1) com. 18 oct. 11950, J.C.P. 1951, II, 6238 note D.B.

(2) Lyon, 30 mars 1978 , Rev. soc, 19790, 320 note Merle; D.1978, inf. rap. 417 note vasseur, v. ausi Paris 27 fév. 1980, Rev. soc. 1981, 109 note Bousquet.

أو رجوعهم عند تجاهل الشركة لبعض التزاماتها التعاقدية[١] . فهذا الطلب لا يكون مقبولا إلا إذا كانت الشركة محرومة من أجهزة الإدارة[٢] ، أو إذا كانت محل إجراءات جماعية . هذا القضاء فى مجموعه له ما يبرره . فمن المفهوم، مثلا، أنه لا يستطيع مستأجرى شركة مدنية عقارية الحصول على قرار بتعيين مدير مؤقت لدافع وحيد وهو أن العقار غير مكيف بالطريقة الصحيحة[٣] . لكن طلب بعض الدائنين المعنيين أساسا بمصير الشركة ينبغى أن يكون مقبولا لأنه لا يقصد منه إلا تجنب إستمرار الإدارة التى تؤدى بطريقة حتمية إلى التوقف عن الدفع، فالرقابة التى تباشرها المحاكم يجب أن تكتفى بتجنب التعسف .

هذه الطبيعة المضيقة لهذا القضاء تؤدى إلى أن بعض الدائنين يتدخلون فى الواقع فى شئون مدينهم الذى سيقع عليه عبء هذا التدخل من أجل حصوله على تأجيل أو تجديد القروض . مثل هذا التدخل يمكن أن يكون فعالا ومطابقا إلى حد ما للغاية المقصودة من كثير من عقود التكامل "Contrats d`intégration" . لكن هذا التدخل يكون خطيراً بصفة خاصة بالنسبة للدائنين[٤] .

فحق الاطلاع المقرر للدائنين على شئون مدينهم يمكن أن يكون فى الواقع مصدر خطر على المستفيدين منه إذا تجاوز هؤلاء حدوداً معينة . ولما

(1) Paris, 9 juill, 1959, Jurisc sociétés, fasc 193 E no. 85,Amiens, 14 mars, 1977. J.C.P. 78. II.18955 note chartier.

(2) Civ 12 janv. 1927, gas, Pal. 1927, I, 525. 1er 1938 JcP. 1938 II, 834.

(3) Amiens, 14 Mars 1977, J.C.P. 1978, II, 18955, note chartier.

(4) Y. Guyon, op.cit., no. 24 p.133.

كانت هذه الحدود غير معروفه على وجه الدقة، فإن كل تدخل إيجابى يمكن أن يكون مصدر الخطر.

تقوم مسئولية الدائن فى مواجهة مدينة إذا هو سبب له ضرر بتدخله فى شئونه. هذه المسئولية ليس فيها جديد. فيمكن أن تجد مصدرها فى فرض الدائن على المدين إتخاذ قرار إكتشف فيما بعد ضرره، أو حتى، فيما يبدو، فى إخلاله بتنظيم المؤسسة وذلك بإعطائه أوامر مباشرة لتابعى المدين دون إحترام التدرج الطبيعى. على العكس يصعب أن تتوافر مسئولية الدائن إذا إقتصر على اعطاء نصائح الى مدينه[١]. والأخطر من ذلك مسئولية الدائن فى مواجهة الدائنين الآخرين نتيجة تدخله فى شئون مدينه[٢].

وعلى ذلك فالدائن الذى يواجه بممارسة حقه في الاطلاع بطريقة مستمرة ينبغى عليه أن يوازن بين المخاطر التى يتعرض لها نتيجة ذلك والضمانات، المتواضعة غالبا، التى يسمح له بها هذا التدخل. كما أن هناك مخاطر أخرى يمكن أن يتعرض لها الدائن عند ممارسته لحق الاطلاع بطريقة تعسفية أو متهورة. هؤلاء الدائنون حيث أنهم لايجهلون أى شىء عن مركز مدينهم، سيعتبرون كسىء نية بالتطبيق للدعوى البوليصية أو عدم الاحتجاج الاختيارى لفترة الريبة المقرر فى المادة ٣١ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧.

علاوة على ما تقدم يجب مواجهة المخاطر الناشئة عن إحتمال مخالفة

(1) R.Savatier, les contrats de conseil professionnel en droit privé, 1972, 137.

(2) Y. Guyon, op.cit., no. 25, p.13 et s.

قانون المنافسة. فى الواقع يعتبر محظورا ليس فقط الاتفاقات الأفقية. وإنما ايضا الاتفاقات الرأسية أو فى الملتقى (شبكة الوكلاء) وايضا استغلال الوضع المسيطر[١]. فى العديد من عقود التكامل يسعى الدائن إلى فرض مستوى معين من الاسعار على شركائه، أو إحتكار التوريد، أو الاشتراك فى عمليات المقاطعة، وقد إعتبرت لجنة المنافسة أن هناك الكثير من هذه الأفعال غير مشروع. وعلى ذلك يجب على الدائن أن يعمل دائما على الا يؤدى حق الاطلاع إلى افساد المنافسة بين المدينين أو فى مواجهة الغير[٢].

على ضوء ما تقدم نستطيع أن نقرر أن الانطباع العام الذى يمكن إستخلاصه من هذا العرض أن حق الاطلاع المقرر للدائن، سواء كان قانونيا أو اتفاقيا، مخيب للآمال الى حد ما، ومازال وضعه فى القانون الوضعى قلقا.

المطلب الثاني: الضمانات المستقلة

Les Garanties autonomes

- الضمانات وصفة الاستقلالية: ترجع إستقلالية هذه الضمانات الى أن الضامن يلتزم بصفة مستقلة، بمعنى إن استحقاقية التزامه لا تعتمد على إستحقاقية التزام المدين الأصلى، وإنما يعتبر التزامه مستقلا تماما عن إلتزام المدين ويتحدد مباشرة فى علاقاته مع الدائن.

ولذلك فإن هذه الضمانات تفقد صفة التبعية. وقد أثبتت الدراسات التاريخية أن صفة التبعية للضمان الشخصى ليست من النظام العام. كما أن

---

(١) فى فرنسا المادة ٥٠ ومابعدها من الأمر الصادر فى ٣٠ يونيو ١٩٤٥.

(٢) انظر فى تفصيل أكثر Y. Guyon, op.cit., no. 27, p.135.

هذه الصفة ليست عنصرا أساسيا فى الضمان الشخصى ولاهى من جوهره[1].

هذه الضمانات لايمكن إرجاعها الى الأنظمة التقليدية كالانابة أو الاعتماد المستندى أو الضمان الاحتياطى أو التعهد عن الغير[2]. فهذه الضمانات تستجيب الى حاجات إقتصادية مشروعة وتخضع للمبدأ العام فى حرية التعاقد[3].

وهذه الضمانات المستقلة نصادفها فى حالتين: حالة الضمان بمجرد الطلب، وحالة خطابات النوايا أو الثقة.

---

(1) M. Bellis et Y. Poullet, Emergence de la sûretes personnelles non accessoires, in les garanties bancaires dans les contrats internationaux , colloque de Tours des 19et 20 juin, 1980, éd Moniteur, 1981, p. 156.

(2) André Villerey, les gananties bançaires en droit francais rapport francais in colloque de Tours précité , p. 255, M. Vasseur, rapport de synthése ibid, p.319; M. Bellis et Y. Poullet, op.cit., p. 154 et s

(3) M. Bellis et Y. Poullet, op. cit, p. 160 et 5.

وانظر فد دراسة تفصيلية للضمانات المستقلة

Ph. Simler, Cautionnemet et Garanties autonomes, 2e éd, Litec, 1991, No. 848 ets, pp. 675 ets.

أولا: الضمان بمجرد الطلب

La garantie à première demande

ولدراسة الضمان بمجرد الطلب يجب أن نعرض أولا، للتعريف به وبيان دوره، ثم بعد ذلك نعرض لطبيعة القانونية، وأخيرا نبين مدى فعاليته.

١- التعريف به ودوره

هذا الضمان نشأ وتطور فى نطاق العلاقات التجارية الدولية[١]. ولكن هذا الضمان بدأ يعرف طريقة الى العلاقات الداخلية. وهذا يرجع إلى أن هذا الضمان أكثر فعالية وقوة من الكفالة، وخاصة بعدما زادت الحماية القضائية للكفلاء، وما ترتب على ذلك من عدم إستقرار. علاوة على ذلك نجد أن تأثير الاجراءات الجماعية على الكفالة قد سمح للضمان بمجرد الطلب أن ينطلق.

هذا الضمان يمنح بواسطة بنك بناء على طلب عميله معطى الأمرdonneur d'ordre ويعطى للمستفيد إمكانية إقتضاء التنفيذ بمجرد الطلب، أى بطريقة آلية وغير مشروطة دون أن يقدم أى مبرر ليؤسس عليه طلبه[٢]. وقد نصت المادة ١/٣٥٥ من قانون التجارة الجديد على أن «خطاب الضمان تعهد مكتوب مصدر من البنك بناءاً على طلب شخص(يسمى الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب دون اعتداد بأيه معارضة»

هذا الضمان له صفه آليه في التنفيذ كما هو الشأن بالنسبة للوديعة النقدية المودعة لحساب المستفيد والتى تكون تحت تصرفه في آيه لحظة[٣].

---

(1) V. à ce titre les Règles uniformes pour les garanties contractuelles emanant de la chambre de commerce internationale, codifiant les usages inrernationaux en la matiére.

(2) A.Villerey, op.cit., p. 262; Ph Malaurie L. Aynès , les sûretés, op.cit., no. 330 p.110.

(3) M. Vassuer, rapport de synthèse, op.cit., no. 4, p.324.

من الناحية القانونية ليس هناك مايمنع من أن يلتزم شخص بطريقة مستقلة بأن يدفع مبلغا من النقود عند الطلب من جانب الدائن. هذا الاتفاق يجعل المدين يتجنب الالتجاء إلى الوديعة النقدية، حيث أن هذه الوسيلة الأخيرة ليست اقتصادية لأنها تجمد الأموال لوقت طويل دون طائل من ورائها(١).

هذا الضمان المستقل بدأ فى الانتشار ايضا فى العلاقات الداخلية(٢) والهدف المنشود من هذا الضمان هو وجوب تنفيذ الضامن لالتزامه مهما كانت اعتراضات معطى الأمر المبنية على العقد الأصلى بينه وبين المستفيد .فاذا كان المستفيد يرتكز على العقد التجارى ليطلب الضمان إلا أنه عند وضع هذا الضمان موضع التنفيذ فإن الضامن لا يستطيع بأى حال أن يستند الى هذا العقد لينازع فى تعهده.

الصورة العملية لهذا الضمان فى العلاقات التجارية الدولية هو أن يكون هناك عرض من جانب بعض الدول أو المؤسسات التابعة لها لبناء مصنع أو مجمع صناعى مثلا، ثم تتنافس الشركات على الظفر بهذا العرض. فى هذه الحالة يتطلب المشترى أو صاحب العمل إما ضمانا قويا لإرساء هذا العرض على شركة معينة، أو ضمانا لحسن التنفيذ، أو ضمانا لاسترداد ما دفعه من مقدم الثمن عند عدم تنفيذ المصدر للالتزاماته(٣). هذه الضمانات تعطى عادة من جانب بنك

---

(1) A. Villerey, op.cit., p. 260, M. Vasseur ·, op.cit., no. 4 p. 324 Ph Malaurie, L. Aynès, op.cit, no. 338, p. 115, notam. note 30,31.

(2) com. 13 déc. 1983, D. 84 420 note M. Vasseur, com 2 fév. 1988, B. IV, No. 55; Def. 1988, a 34275, note L. Aynès, V. aussi, S. Velu les qaranties à permiéıe demande en droit belge, rapport belge in colloque precité, p.214; Y. Poullet, les incertitdues récentes relatives à la valeur juridique de l'assurance caution, Bull, Ass. 1979, p.5.
فى قانون تنظيم المناقصات والمزيدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ نص فى المادة ١٨ منه بصفة عامة على التأمينات التى يجب أن يقدمها الراسى عليه المناقصة للتأكد من جديه عرضه وضمان حسن تنفيذه لإلتزماته (الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر فى ١٩٩٨/٥/٨) كما بينت المادة ٢/٧٠ من اللائحة التنفيذية للقانون من بين الضمانات البنكية الضمان بمجرد الطلب وشروطه

(3) M. Vasseur, op.cit., p. 320.

المصدر فى شكل خطاب ضمان. كما أن هذه الضمانات يمكن أن يعطيها ايضا بنك من دولة صاحب العمل، كضامن للضامن.

الهدف الرئيسى من هذا الضمان المستقل أو الضمان بمجرد الضمان هو أن يتجنب صاحب العمل أى مناقشة أو إجراءات قضائية قبل طلب الضمان. ولذلك نجد أن البنك الضامن يلتزم بأن يدفع، عادة مبلغا من النقود، بمجرد الطلب من جانب المستفيد أو من جانب البنك المحلى الضامن له والذى قام بالدفع للمستفيد بمجرد الرجوع عليه ودون أن يدفع فى مواجهته بأى دفع.

حتى فى الحالة التى يشترط فيها على المستفيد أن يخطر الضامن بالقصور الذى ارتكبه المصدر، فان تنفيذ الضمان يتوقف على مجرد هذا الاخطار ودون أن يلتزم المستفيد ببيان أسباب هذا القصور وأسبابه.

هذا الضمان لم يثر الكثير من المنازعات فى العلاقات التجارية الدولية أمام القضاء المحلى. وهذا يرجع الى أنه فى نطاق مثل هذه العلاقات يفضل الكتمان أو عرض الأمر على التحكيم. علاوة على ذلك أن المنازعات فى هذه العلاقات يمكن أن تؤدى الى فقد الثقة فى معطى الأمر (المؤسسة المصدرة) أو البنك الضامن وبالتالى استبعادهم من مجال التصدير.

لكن فى السنوات الأخيرة بدأت بعض هذه المنازعات تعرض على القضاء المحلى[1]. وفى الوقت الحالى بعدما إنتشر هذا الضمان فى العلاقات الداخلية بدأت تظهر بعض المنازعات أمام المحاكم. هذه المنازعات بدأت بالطعن فى صحة وفعالية الضمان المستقل من جانب معطى الأمر. ثم إنتهى الأمر إلى أن البنك الضامن أخذ ينازع فى تكييف الضمان باعتباره ضمانا مستقلا، ويدعى بأنه إلتزم بصفته كفيلا وذلك ليؤخر أو حتى ليتنصل

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès , les sûretes, op.cit., no. 332 p.111.

من الوفاء بالتزامه، وذلك فى حالة ما إذا أصبح عميله، معطى الأمر، فى حالة إفلاس وإتضح له أن الرجوع عليه أضحى ضربا من الخيال[١].

فى الواقع لا يوجد، إلى الآن على حد علمنا، أى تنظيم مستقل للضمان بمجرد الطلب فى أية دولة، من الدول الأوروبية، ولذلك هذا الضمان يخضع للقواعد العامة وخاصة مبدأ حرية التعاقد فهذا الضمان يعتبر من الضمانات العقدية بحسب طبيعته[٢]. وقد نصت المادة ٢/٣٥٥ من قانون التجارة الجديد على أنه «تسرى فما لم يرد بشأنه نص أو عرف فى هذا القواعد العادات السائدة فى المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان، ونحن نعتقد أن الاحالة إلى القواعد والعادات السائدة فى المعاملات الدولية احالة غير موفقة حيث أن هذه القواعد والعادات تكون فى الغالب فى غير صالح الدول النامية والتى من بينها مصر.

على مستوى العلاقات التجارية الدولية نجد أن غرفة التجارة الدولية (C.C.I) قد عملت بالتعاون مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى C.N.U.D. C.I على وضع قواعد تسمى «القواعد الموحدة للضمانات العقدية، هذه القواعد تشكل نظاما مرنا للضمانات مقترحا على كل من يشير اليه فى عقوده. هذه القواعد هدفها الرئيسى الضمانات المستندية، لكن ليس هناك مايمنع من إتفاق الأطراف على تطبيق بعض نصوصها على الضمانات بمجرد الطلب، هذه القواعد تضفى صفة الرسمية على النوعين من الضمان الموجودين أو المحتملين[٣].

هذه القواعد لم تتبناها غرفة التجارة الدولية إلا إعتبارا من عام ١٩٧٨ هذا التاريخ يدل على حداثة مشكلة الضمانات البنكية الدولية وعلى أنها

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès , Loc. cit.

(2) M. Vasseur, op.cit., no. 3 p.322.

(3) M. Vasseur, op.cit., no. 3 p. 323.

مـازالت مطروحـة من جـهـة أخـرى نجـد أن كل الدول ليست على نفس المستوى بالنسبة لهذه الضمانات، فنجد مثلا أن كل من المانيا والنمسا وسويسرا قد سجلت تقدما غير منكور فى الفقه والقضاء فى هذا المجال. أما بالنسبة لفرنسا فإنها لم تعرف الضمانات بمجرد الطلب إلا بعد الحرب العالمية الثانية إعتبارا من عام ١٩٥٠ تقريبا. وكذلك الحال بالنسبة لكل من ايطاليا وبلجيكا وهولندا وانجلترا[١].

هذه القواعد الموحدة لم تلق للأسف قبولا فى الأوساط التجارية لأنها لم تكن معبرة عما جرى عليه العمل، ولا ملبية لاحتياجات السوق، ولذلك فان الالتجاء اليها كان نادرا. والغرفة التجارية الدولية فى وطريقها الآن فى إعداد قواعد للضمانات بمجرد الطلب أو غير المشروطة مع توسيع نطاق هذه الضمانات. فهذه القواعد تسمح بتقديم هذه الضمانات من جانب بنك أو شركة تأمين أو أى شركة أخرى أو حتى من جانب الأشخاص الطبيعيين. وتقوم الغرفة إلى جانب ذلك بإعداد قواعد أخرى للضمانات المشروطة حتى تتكامل المجموعة المنظمة لهذه الضمنانات[٢].

٢- الطبيعة القانونية

للوقوف على الطبيعة القانونية للضمان بمجرد الطلب يجب علينا أن نحدد، أولا الهدف من هذا الضمان، ثم نبين خصائصه المميزة، وأخيرا نميز هذا الضمان عما قد يشتبه به من أنظمة قانونية أخرى.

---

(1) M. Vasseur, Rapport de Synthèse op.cit., p. 323.

(٢) انظر فى تفصيل أكثر Omaia Elwan, La loi applicable à la garantie bancaire à première demande, 2000, Martinus Nijhoff Publishers The Hague / Baston / London, p. 88 et s.

أ- الهدف من الضمان بمجرد الطلب.

أيا كان الغرض المقصود من الالتجاء إلى الضمان بمجرد الطلب، ضمان رسو المزاد أو ضمان حسن التنفيذ، أو ضمان لاسترداد مقدم الثمن، فإن الهدف النهائي منه هو أن يحل محل الوديعة النقدية التي يودعها إبتداء معطى الأمر على سبيل الضمان بين يد المستفيد.

ففى حالة الوديعة النقدية سيكون المستفيد فى مركز قوى وأكيد. لكن هذه الوديعة تؤدى الى تجميد الأموال بطريقة غير إقتصادية. ولذلك نجد أن المستفيد يمكن أن يقبل محل الوديعة ضمانا بنكيا يجعله فى نفس المركز تقريبا الذى كان فيه فى حالة الوديعة النقدية. فهو يهدف الى أن الضمان بمجرد الطلب من جانبه يؤدى وظيفة آلية، دون أن يكون ملزما بتقديم مبرر لهذا الطلب، ودون أن يستطيع الضامن أن يدفع فى مواجهته بأى دفوع أو إعتراضات. فهو يهدف إلى أن يحقق لنفسة، فى اللحظة المناسبة، ضمانا سهل التنفيذ وحالا وفعالا وذلك لتجنب الالتجاء إلى القضاء، وخاصة إذا ما كان المستفيد موجودا فى الخارج. فهو بكل ذلك يستطيع أن يحصل فيما بعد على الوديعة التى تنازل عنها إبتداء.

أما بالنسبة لمعطى الأمر فى الضمان بمجرد الطلب فإنه يظفر بالصفقة دون أن يكون ملزما بايداع وديعة نقدية أو إنشاء رهن حيازى يثقل ذمته.

أما بالنسبة للبنك الضامن، فإن الضمان بمجرد الطلب يقع فى دائره إهتماماته، حيث أن البنك يبحث عن تجنب الانغماس فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين معطى الأمر والمستفيد، كما أنه يهدف، بحق، الى تجنب تقدير إدعاءات أى من الطرفين وبالتالى الانحياز الى طرف أو لآخر حيث أن ذلك يخرج عن وظيفته.

هذه الوظيفة التى يهدف اليها الضمان بمجرد الطلب يجب أن تكون ماثلة امام اعيننا عند بحث خصائصه أو طبيعة القانونية.

ب - الخصائص المميزة للضمان بمجرد الطلب:

يمكن أن نجمل هذه الخصائص فيما يلى:

١ - إلتزام الضامن فى هذا الضمان يعتبر التزاما غير تبعى، والتزاما مستقلا. وهذه الخاصية تميز هذا الضمان عن الكفالة، حيث أن إلتزام الكفيل على النقيض من ذلك يعتبر التزاما تبعيا، والتزاما احتياطيا. ولذلك فإن الضامن فى الضمان بمجرد الطلب لا يستطيع أن يدفع بالدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها معطى الأمر.

٢- التزام الضامن فى هذا الضمان التزام بدفع مبلغ من النقود بصدد عقد معين وليس التزاما بعمل أى أنه ليس التزاما بتنفيذ التزام المدين الأصلى تنفيذا عينيا عند عدم تنفيذ هذا الأخير له.

٣- التزام الضامن فى هذا الضمان ينشأ عن عقد ملزم لجانب واحد(١).

حيث أن المستفيد يقبل، بل ينبغى أن يقبل التزام الضامن بالضمان، وذلك حتى يستطيع معطى الأمر أن يعرف مدى التزامه. وهذا القبول قد يكون قبولا ضمنيا، وخاصة وأن العقد الأساسى لا ينبغى تنفيذه من جانب المورد أو المصدر أو معطى الأمر قبل أن يقبل المستفيد الضمان المعروض عليه(٢).

---

(١) بعض الفقهاء يعتبر التزام الضامن التزاما بالارادة المنفردة

أنظر: - S.Velu, rapport belge op.cit., p. 227.

(2) M. Vasseur, note précités, J.L. Rives - Lange, M. Contamine Raynaud, Droit bancaire, 4éd , no. 670.

٤- مامدى إعتبار التزام الضامن إلتزاما مجرداً؟ يجب منذ البداية أن نؤكد عدة حقائق:

- أولا هذه الحقائق يجب عدم الربط بين مسألة إعتبار التزام الضامن سببياً أو مجرداً، والطبيعة التبعية أو غير التبعية لهذا الالتزام. وبالمثل بالنسبة للطبيعة المستقلة أو غير المستقلة لهذا الالتزام بالنسبة للعقد الأساسى. لأن هذا خلط بين الأشياء ومدعاة للغموض. فالتزام الضامن يمكن أن يكون سببيا أو مجرداً وفى نفس الوقت يكون التزاما غير تبعى أو مستقل عن العقد الأساسى. فالالتزام بالضمان قد حل محل الوديعة النقدية. فهو له محل متميز عن الالتزام المضمون، لأنه ينشأ عن عقد متميز. وهذا يفسر بل ويكفى لتبرير الطبيعة غير التبعية والمستقلة لالتزام الضامن.

- ثانى هذه الحقائق، أن الاعتراف بالطبيعة السببية لالتزام الضامن ليس عديم الأثر، إذ أنه يكون فى مصلحة معطى الأمر ويؤدى عند الاقتضاء إلى تحديد التزام الضامن.

وعلى ضوء هذه الحقائق نعرض لموقف الفقه والقضاء من هذه المسألة. بالنسبة للفقه، فإنه ينقسم فيما بينه. أغلبية الفقهاء الالمان يذهبون الى أن التزام الضامن مجرد. وكذلك الحال فى كل من بلجيكا وهولندا، بينما على العكس من ذلك نجد أن الفقه الفرنسى والإيطالى فى مجموعة يذهب الى أن التزام الضامن التزام سببى[١].

فى فرنسا بعض الفقهاء ذهب الى إعتبار التزام الضامن التزاما مجرداً.

---

(١) انظر دراسة تفصيلية فى هذا المجال.

Ph. Simler, op. cit., No. 893 et s p. 713 et s.

فالتزام الضامن يجد سببه فى الالتزام المضمون ولكن إرادة الأطراف قد فصلته عن سببه. فى الواقع، هذا يعتبر وصفا لا تفسيرا للمشكلة المطروحة[1]. هذا الرأى ينطلق من مقدمة معينة، وهو أن سبب التزام البنك الضامن يستمد من العلاقة بين عميله والدائن فى العقد الأساسى، أى الالتزام المضمون، وهذا يعتبر محل نظر، حيث أن الالتزام الأصلى يعتبر سببا فعالاً Une cause efficiente، فالضامن يلتزم لأنه يوجد التزام أصلى، لكن هذا الالتزام الأخير ليس هو الهدف من التزامه. علاوة على ذلك عندما يكون العقد الأساسى باطلا فان بقاء إلتزام الضامن يصطدم مباشرة مع نص المادة ١١٣١ مدنى فرنسى (مادة ١٣٦ مدنى مصرى).

فى الواقع إن إلتزام البنك الضامن يجد سببه فى العلاقة بينه وبين المدين وهذا السبب يتمثل بصفة خاصة فى المقابل الذى يدفعه المدين للبنك. هذه العلاقة بين المدين والبنك يعتبر الدائن أجنبيا بالنسبة لها، ولذلك لايجوز الاحتجاج فى مواجهته بالدفوع الناشئة عن هذه العلاقة. محل التزام الضامن مبلغا من النقود قد تم تحديده بطريقة مباشرة وليس هو التزام المدين تجاه الدائن. فمبدأ سلطان الإرادة يبرر استقلالية الضمان أفضل من الاستناد الى السبب[2]. وفى ذلك تنص المادة ٣٥٧ من قانون التجارة الجديد على أنه «لايجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد».

محل إلتزام الضامن يعتمد أساسا على الرضا المتبادل بين الضامن والمستفيد. فمبلغ الضمان وكيفيته، من حيث المدة، وكيفية إستعماله،

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès , les sûretés, op.cit., no. 332 p.114.
(2) Ph. Malaurie, L. Aynés, op.cit., no. 336, p.115.

يتم تحديده عن طريق خطاب الضمان الذى يوجهه البنك الى المستفيد تحقيقا لمطالب هذا الأخير[١]. (انظر المادة ٣٥٧ من قانون التجارة الجديد).

وعلى ذلك يمكن للضامن أن يلتزم بمجرد الطلب دون قيد أو شرط، أو بمجرد الطلب مع المستندات اللازمة[٢]، أو بمجرد الطلب المبرر[٣]. فالتزام الضامن فى كل هذه الحالات مازل التزاما مستقلا ولكن كيفية تنفيذه فى كل حالة تزيد أو تقل فى آليتها.

جـ- تمييز الضمان بمجرد الطلب عما يشتبه به:

أكثر الأنظمة تشابها بالضمان بمجرد الطلب هما الكفالة، والإعتماد المستندى غير قابل للالغاء. ولنز كيفية التفرقة بينهم.

- الضمان بمجرد الطلب والكفالة:

منطقة التشابه بينهما تكمن فى أن كل منهما يستجيب لنفس الفكرة، وهو أنه عندما توجد كفالة أو ضمان، فإن المستفيد، صاحب العمل أو المشترى، يهدف إلى أن يكون له حق فى مواجهة الغير، بنك بما له من ملاءة وشهرة. ومع ذلك يجب التحرز وعدم الخلط بينهما لأنه توجد فروق أساسية بين كل منهما.

---

(١) وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢.
أنظر .com. 20 déc 1982, B.IV, no.417, D. 83, 365, note M. Vassuer

(2) Paris, 24 janv, 1984, D. 84, I.R. 203, obs. crit, M. Vassuer; T.G.I Paris, 26 Juin 1983, D. 83 I.R. 297, il suffit que les documments prévus dans le lettre de garnatie soient produit méme s'il existe une contestations sur le contrat principal.

(3) Paris, 24 nov. 1981, D. 82 296, note M. Vasseur, J.C.P. 82 II, 1987, note J. stoufflet.

فالكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، الكفيل يلتزم بالوفاء بالتزام المدين الأصلى إذا لم يف به هذا المدين ولذلك فان التزامه يعتبر التزاما تبعيا مع مايترتب على ذلك من نتائج.

أما فى الضمان بمجرد الطلب فان الضامن لا يلتزم نحو المستفيد بأن يفى بالتزام الغير وإنما يلتزم بالوفاء بالتزام بنتيجة يقع على عاتقه هو.

وذلك فإن معيار التفرقة بين الكفالة والضمان بمجرد الطلب يكمن فى المحل. فمحل الضمان بمجرد الطلب مبلغ معين من النقود يتعلق بعقد معين. أما محل الكفالة فهو الالتزام الأصلى، فالتزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير. على ذلك فان التزام الضامن له محل مختلف تماما عن الالتزام المضمون.

ويترتب على ذلك أنه فى حالة الكفالة نجد أن شخصين المدين الأصلى والكفيل التزما بنفس الالتزام فى مواجهة الدائن بينما فى حالة الضمان بمجرد الطلب نجد أن التزامات معطى الأمر فى مواجهة المستفيد متميزة عن التزامات الضامن فى مواجهة هذا المستفيد. فالتزام الضامن يتمثل أساسا فى دفع مبلغ من النقود على سبيل الضمان وذلك ليحل محل الوديعة النقدية التى كانت تدفع بين يدى المستفيد، فاستقلالية التزام الضامن فى مواجهة المستفيد عن التزام معطى الأمر فى مواجهة المستفيد تؤدى الى نتيجة حتمية وهى أن الضامن لا يستطيع أن يدفع فى مواجهة المستفيد بأى من الدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها معطى الأمر فى مواجهة المستفيد.

والفقه فى الدول الأوروبية فى مجموعة يذهب إلى التفرقة الواضحة بين الكفالة والضمان بمجرد الطلب أو الضمان المستقل. ولذلك تستعمل اللغات

المختلفة مصطلحات مختلفة للتعبير عن النوعيين[1]. فى أسبانيا لا يستعمل الفقه إلا مصطلحا واحدا وهو الكفالة وفى داخل هذا المصطلح يميز بين الكفالة التبعية والكفالة غير التبعية[2].

- الضمان بمجرد الطلب والإعتماد المستندي غير قابل للالغاء:

منطقة التشابه بينهما تتمثل فى أن البنك الضامن والبنك فاتح الاعتماد المستندى غير قابل للالغاء يجب عليهما الوفاء، بل ويجب عليها دون أن يستطيعا أن يتنصلا من التزامهما فى مواجهة المستفيد أيا كانت الأحداث التى طرأت على علاقتهما بمعطى الأمر، وأيا كانت للأحداث التى طرأت على العلاقة بين معطى الأمر والمستفيد.

بالرغم من هذا التشابه الواضح بينهما إلا أنه يجب ألا يبتسر الضمان بمجرد الطلب فى الإعتماد المستندى غير قابل للالغاء وذلك لوجود فروق جوهرية بينهما.

فالاعتماد المستندى الغير قابل للالغاء **ليس إلا وسيلة للوفاء فالأمر** يتعلق بالنسبة للبائع بضمان الوفاء له بالثمن، وبنك المشترى يقوم بالوفاء له بعد أن يتحقق من أن المستندات المقدمة له هى المستندات المتفق عليها، فالبنك في هذه الحالة ملتزم بصفة أولية وأساسية بالقيام بالوفاء بمجرد أن يبدو له من المستندات المقدمة له أن البائع قد قام بتنفيذ التزاماتة. بينما البنك الضامن فى الضمان بمجرد الطلب لا يقوم بتنفيذ التزامه بالضمان إلا بناء على طلب صادر من المستفيد، ولا يتدخل إلا إذ قد تم تقديم له مثل هذا الطلب، **فاستخدام الضمان متوقف على محض إرادة وتقدير**

(1) M. Vassuer, op.cit., no. 7 p. 327, 328.

(2) Juan Antonis. Gremades, rapport espagnol in colloque precité, P. 251.

المستفيد[1]. بشرط أن يكون ذلك خلال مدة سريان خطاب الضمان ما لم يتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائياً أو وافق البنك على مدها (م ٣٥٩ قانون التجارة الجديد).

الخلاصة: عقد الضمان بمجرد الطلب عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة"Un contrat innommé et suui generis" وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء فى الوقت الحاضر[2].

٣- فعالية الضمان بمجرد الطلب

يستمد الضمان بمجرد الطلب فعاليته وقوته من إستقلالية التزام الضامن فى مواجهة المستفيد عن العلاقة بين معطى الأمر والمستفيد مما يترتب على ذلك عدم جواز الدفع من جانب البنك الضامن بالدفوع المستمدة من العقد الأساسى. والتى كان يستطيع أن يدفع بها معطى الأمر فى مواجهة المستفيد.

وقد أقر القضاء الفرنسى هذه الاستقلالية والنتائج المترتبة عليها فى أحكامه الحديثة. ففى أول حكمين صدرا من محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢[3] قد قررت المحكمة عدم جواز إحتجاج البنك الضامن ببطلان العقد الأساسى فى مواجهة المستفيد وذلك على أساس أن التزام البنك الضامن لم ينشأ عن كفالة وإنما قد نشأ عن ضمان مستقل بما يترتب عليه أنه لايجوز للبنك أن يستفيد من الدفوع التى كان لمعطى الأمر أن يدفع بها فى مواجهة المستفيد، وبصفة خاصة المتعلقة بعدم تنفيذ العقد الذى يربطهما[4].

---

(1) S. Velu, rapport belge, op.cit., no. 221.
(2) Ph. Malaurie , L. Aynès op.cit., no. 333, p.112.
(3) com. 12 déc. 1982 banque de Paris et des Pays - Bas, B. IV, no. 417, D. 83-365 note M. Vassuer.
(4) "Cet engagement ne consitutait pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdisait â la banque de se prévaloir en l'état, des exceptions que le donneur d'ordre pouvait oposer au bénéficiaire, tenant à l'inexécution du contrat les unissant.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه بطريقة أكثر وضوحا فى حكمها الثالث الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٨٣(١). حيث قررت أن البطلان المحتمل للالتزام الأصلى المضمون سيكون دون تأثير على الالتزام المستقل للضامن(٢).

علاوة على ذلك قد قررت محكمة النقض الفرنسية أن الضامن لايستطيع أن يثير ليس فقط بطلان العقد الأساسى بل وايضا عدم التنفيذ الخاطىء من جانب المستفيد(٣).

هذه الاستقلالية قد وضع لها القضاء الفرنسى بعض الحدود فقد قررت بعض الأحكام أنه إذا كان هناك حكم ببطلان أو فسخ العقد الأساسى، أو إذا كان تنفيذ هذا العقد من جانب معطى الأمر قد تم إثباته بطريقة لا تقبل الشك فإنه يجوز تعطيل آلية هذا الضمان(٤).

كما أن الضمان مخصص لعقد معين ولذلك لايجوز أن يعمل بصدد عقدا آخر حتي ولو كان بين نفس الأطراف(٥).

قوة وآلية الضمان بمجرد الطلب ينعكس أثرهما فى النهاية على معطى

(1) Com. 13 déc. 1983, D. 84 420, note M. Vassuer, cité par Ph. Malaurie , L. Aynés, op.cit., no. 334 - p.113.

(2) Com. 12 déc. 1984, B. IV, no. 344, D. 85 269 note M. Vasseur

في نفس هذا المعني

J.C.P. 85 II 20436, note J. Stoufflet, com. 20 nov. 1985, B. IV, no. 277, D. 86 - 213, note M. Vasseur.

(3) com 17 oct. 1984, B. IV. no.265 D. 85 269 note M. Vasseur J.C.P. 85 20326 note J. Stoufflet; Com. 20 fév.1985. B.IV. no. 74, Com. 21 mai 1985, B.IV, no. 160, D. 86 213, note M. Vasseur.

(4) Ph. Malaurie L. Aynès, op.cit., no. 334 p. 113.

(5) Rev. tr. com Par. 1e août 1984, J.C.P. 85 II 20526, note M. Azencot.

الأمر حيث هو الذى يقوم بالدفع فى النهاية (انظر مادة ٣٦٠ من قانون التجارة الجديد). ولذلك غالبا مايحاول معطى الأمر، وليس البنك الضامن، أن يعطل آلية هذا الضمان ويشل قوته بالالتجاء الى حجز ما للمدين لدى الغير، أو الى الإجراءات التحفظية، أو الادعاء بالتعسف الواضح فى استعمال الضمان من جانب المستفيد[١]. ولنر ذلك بشىء من التفصيل.

- **بالنسبة لحجز ما للمدين لدي الغير:** نجد أن معطى الأمر فى كثير من الحالات يدعى أنه، هو نفسه، دائن للمستفيد وبالتالى يحاول أن يحجز تحت يد البنك الضامن على المبلغ المستحق لهذا المستفيد، محكمة النقض الفرنسية أدانت هذه الوسيلة لأنها تسمح بالرجوع عن الطبيعةالمباشرة وعدم القابلية للالغاء التى يتضمنها التزام الضامن[٢]. كمان أن قضاة الموضوع يسيرون فى نفس هذا الاتجاه، فيما عدا الحالات التى يتمسك فيها معطى الأمر بدين لا يتعلق بالصفقة الرئيسية التى هى محل الضمان[٣].

- **بالنسبة للاجراءات التحفظية:** قد يحاول معطى الأمر، باعتباره دائنا للمستفيد، أن يلجأ الى القضاء المستعجل لاتخاذ اجراء تحفظى بصدد مبلغ الضمان المستحق للمستفيد لدى البنك الضامن. فى هذا الصدد كان موقف القضاء واضحا أيضا. حيث أنه رفض الاستجابة الى مثل هذا الطلب[٤].

- **التعسف الظاهر من جانب المستفيد:** إذا كان هناك تعسف واضح فى المطالبة بالضمان بمجرد الطلب من جانب المستفيد، فإن القضاء قد حظر على الضامن أو ضامن الضامن دفع الضمان له[٥].

---

(1) V: Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no. 340, P.117.
(2) com. 14 oct. 1981, B. IV, No. 357; D82 301. note approbative M. Vasssur, J.C. P. 82 II 19815, note reservée C. Gavalda et J. Stouff-let.
(3) Paris, 27 oct. 1981, J.C.P. 81 II 19702 , 25 mars 1982, D82 I.R. 497, obs. M. Vasseur.
(4) Paris 5 mai 1982, D. 82, I. R. 497.
(5) T. Com. Paris, 29 oct., 1982, Paris 29 nov. 1982, D. 83 IR. 301, 302 note M. Vasseur. Ph. Simler, op. cit., no927 p. 743 et s.

لكن الدفع بالتعسف من جانب معطى الأمر يجب ألا يقود القاضى الى فحص تنفيذ العقد الأساسى وإلا يكون قد خالف الطبيعة المستقلة للضمان. هذا التخوف قد أدى إلى أنه لم يكن يسمح بتجميد الضمان إلا فى حالة الغش الظاهر من جانب المستفيد، أو فى حالة التواطؤ التدليسى بين المستفيد وضامن الضامن[٢]. هذا نوع من التشدد من جانب القضاء وذلك يرجع إلى أن مجرد التعسف يختلف عن الغش، فالغش يتضمن الالتجاء الى وسائل إساءة استخدام الحق بقصد الأضرار، ولذلك يكون أصعب فى إثباته من مجرد التعسف[٣].

فى الوقت الحاضر يبدو أن القضاء بعد ماكان يتطلب الغش الظاهر لتجميد الضمان بدأ يسمح على نطاق واسع بهذا التجميد بحكم مستعجل فى حالة التعسف الظاهر من جانب المستفيد[٤]. ومن جانب ضامن الضامن، إذا كان الضامن يعلم بهذا التعسف[٥].

(1) com. 12 déc. 1984, B. IV, NO. 344, D.85. 269 note M. Vasseur.

(2) Ph. Malaurie , L. Aynès, op.cit., 342, p. 117; com. 21 Mai, 1985 B. IV, no. 160 D.86 213, note M.Vasseur

هذا الحكم قد بين بوضوح أن تنفيذ العقد الأساسى كما هو ثابت ظاهريا لا يعفى الضامن من الوفاء بالتزامه للمستفيد فانتفاء حق المستفيد ليس إلاظاهريا والقاضى المستعجل لايستطيع التحقق من ذلك إلا بفحص علاقات الأطراف فى العقد الأساسى. وهذا ممتنع عليه انظر ايضا com 11déc. 1985, B. IV no. 292 J.C.P. 86 II 20593 note J. Stoufflet. D. 86. 213, note M. Vasseur..

قد قررت المحكمة فى هذا الحكم أن لمحكمة الاستئناف كامل الحق فى التعويل، وذلك بعد استخلاصه من الدوافع الكثيرة الأخرى، على التواطؤ التدليسي لتوقف عمل مبدأ الاستقلالية فى مسألة الضمانات أو ضمانات الضمانات بمجرد الطلب.

(3) Ph. Malaurie L. Aynès, op.cit., no. 342, p.117.

(4) com. 20 janv. 1987, B.IV No. 19 J.C.P. 87 II 20764, Note, J. Stoufflet, com 10 Juin B. IV. No. 117 D.87, 17 note, M. Vasseur.

(5) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., note 51 p. 118.

نحن نرى أن التشدد وتطلب الغش الظاهر لتجميد الضمان يتفق أكثر والطبيعة المستقلة للضمان بمجرد الطلب، كما أن محاولة الفقه الفرنسى فى تفسير الأحكام الحديثة على أنها تتخفف الآن وتتطلب التعسف الظاهر بدلا من الغش الظاهر لتجميد الضمان، بالرغم من عدم وضوح ذلك بصورة قاطعة من عبارات الأحكام المستشهد بها، تعد نوعا من الرغبة فى التأثير على إتجاه القضاء وذلك لصالح المصدرين الوطنيين وعلى حساب المستفيدين الأجانب.

ثانيا: خطابات النوايا وخطابات الثقة

Lettre d'intention - Lettre de confort

الضمان بالتدرج في قوة الالتزام وطبيعته

قد يلتزم الغير بالتزام بعمل أو بإمتناع عن عمل على سبيل الضمان، فقد تقوم شركة أم Une société - mère بإصدار خطاب على سبيل الضمان لأحد الشركات التابعة لها لكى تمكن هذه الشركة من الحصول على الائتمان اللازم لها من أحد البنوك. فى هذا الخطاب تتعهد الشركة الأم بأن تسهر على أن تكون الشركة التابعة لها قادرة على مواجهة التزاماتها، أو أنها لا تطالبها بماهو مستحق عليها حتى لا ترتبك مواردها المالية.

هذا الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل قد يختلف فى قوته أو فى طبيعته وكل ذلك يعتمد على الصياغة المستعملة. فقد يكون التزاما اخلاقيا وقد يكون التزاما طبيعيا، وقد يكون التزاما مدينا، وإذا كان التزاما مدنيا فإنه قد يكون التزاما بعناية أو التزاما بتحقيق نتيجة.

هذا الالتزام أيا كانت قوتـه وأيا كانـت طبيعته فإن الملتزم لا يقوم بالوفاء للدائـن وإنما بإتخاذ مواقف إزاء المدين تسمح له بالنهوض بالتزاماته.

فى الواقع أنه ليس من السهل إجراء تحليل وتحديد للنظام القانونى لما يسمى فى القانون الخاص بخطابات النوايا وبخطابات الثقة[1]، فهذه الخطابات تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، لذلك فإن صياغتها وأشكالها تتنوع بصورة لايمكن حصرها. كما أن الالتزامات التى تتضمنها تتدرج من حيث القوة والطبيعة.

هذه الخطابات تهدف بصفة أساسية الى إعطاء الثقة للدائن قبل أن يدخل فى علاقات دائمة مع المدين[2]. لذلك فهى تترجم فى الواقع فى شكل خطاب مرسل الى شخص، بمقتضاه يقوم شخص موسر، طبيعى أو معنوى، بتعزيز الثقة فى المدين المراد منحة إئتمانا من جانب شخص آخر، طبيعى أو معنوى، بأن يعلن فيه فى عبارات عامة مطمئنة بأنه سينهض ، عند الضرورة فى مساعدة أو عون المدين إذا تعرض لصعوبات مادية أو مالية، أو يتضمن ببساطة أنه سيحثه على الوفاء بالتزاماتة عند الضرورة .

ويجري الفقه والقضاء علي عدم التفرقه بين خطابات النوايا وخطابات الثقة، وفى بعض الأحيان يحاول القضاء جاهداً بأن يحقق حماية للغير المانح للائتمان،المستفيد منها، بأن يجعل هذه الخطابات ترتب نفس الأثار المترتبة علي الكفالة. ولذلك يجب مناقشة هذه المسائل جميعاً.

ولدراسة هذه الخطابات ينبغي علينا أن نقف أولاً علي الطبيعة القانونية لهذه الخطابات، ثم ندرس بعد ذلك نظامها القانوني.

---

(١) فى اللغة الانجليزية يسمى Letter of intent and comfort letter

وفى اللغة الفرنسية يسمى Lettre d'intention et lettre de confort

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès , op.cit., note 5 p. 101.

١- محاولة لتحديد الطبيعة القانونية

نحن نعتقد أن أول شئ يتبادر للذهن لتحديد الطبيعة القانونية هو أن نميز، من ناحية بين الكفالة وخطابات النوايا والثقة، ومن ناحية أخري، بين خطابات النوايا ذاتها وخطابات الثقة.

التمييز بين الكفالة وخطابات النوايا والثقة:

يكمن الاختلاف بين الكفالة وخطابات النوايا والثقة فى الهدف المنشود من كل منهم، وكذلك فى الصيغة المستعملة، ولذلك يجب الأبتعاد عن التسرع فى التشبيه بينهما[١].

(١) **من حيث الغرض:** ففى خطابات النوايا والثقة نجد أن التزام صاحب الخطاب إلتزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل الهدف منه هو إتخاذ مواقف معينة تجاه المدين ليمكنه من الوفاء بالتزاماتة لكن دون أي التزام من جانبه بالوفاء في مواجهه المستفيد.

والوسائل التي يلجأ اليها صاحب خطاب النوايا والثقة متعدده، فمنها مثلا أن يكتتب في زيادة رأس المال، أو يساهم فى رأس المال، أو أن يشترك في مجلس الإدارة، أو يدفع للغير، أو يودع فى الحساب الجاري، أو يزيد التسهيلات أو الائتمان، أو يقسط الديون، أو يخفض الفائدة المدينة ... الخ[٢]

(1) M. Cabrillace, et B. Teyssié, obs in Rev. trim. dr. com. 1987-233; com. M. contamine. Raynaud, Rev. dr. bancaire 1987 no. 2 p.60.

(2) Ibrahim Najjar, l'autonomie de la lettre de confort, chr. XXX2 D. 1989, p.219.

فصاحب خطاب النوايا والثقة يريد أن يساعد أو يقدم العون للمدين من خلال تعهداته، وعلي إثر ذلك يقوم المدين بنفسه بتوظيف هذه المساعدة أو العون في الوفاء لدائنيه. وهذا فارق جوهرى بين هذه الخطابات والكفالة[1] حيث أن التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين إن لم يف به المدين نفسه.

يترتب على هذا الاختلاف من حيث الغرض نتيجة هامة وهى أن عدم تنفيذ الموقع على الخطاب لالتزامه، إذا كان إلتزاما مدنيا، بنتيجة أو بعناية، يؤدى إلي مسئوليته، وبالتالى إلي الوفاء، لا بالتزام المدين، وإنما بمبلغ من التعويض، الذى عادة ما يعادل الدين[2]. ولذلك تسمى بالضمانات التعويضية. هذا الخطاب يبرر عادة إتخاذ إجراءات تحفظية معينة[3].

(٢) من حيث الصيغة المستعملة: في الواقع، إن القيمة القانونية لخطابات النوايا والثقة تتوقف إلى حد بعيد على الالفاظ المستعملة[4].

ويرى بعض الفقهاء أن فائدة الالتجاء الى خطابات النوايا والثقة تكمن في أنــها تسمـح لاصحابها بالافـلات من الشـروط والشكليات المتطلبة

---

(1) Cour de Paris 10 mars 1989, infirmant Trib com. Paris, 20 oct. 1987; D. 1989 p.213.

(2) J. Terray, la lettre de confort, Banque 1980, 329; Paris, 25 avr. 1979, D. 80 I. R., 55 obs. M. Vasseur, Trib. Com. Paris, 20 oct. 1981 , D.82 , I.R.

فى هذه القضايا الشركة الأم التزمت نحو البنك بأن تعمل كل ماهو لازم أو تأخذ كل الاحتياطات اللازمة من اجل أن توفى الشركة التابعة لها بالدين المستحق له.

(3) Ibrahim Najjar, op.cit., p. 215.

(4) M. de Vita, la jurisprudence en maitière de lettre d'intention, Gaz. Pal, 23,24 oct. 1987, Doct. 5.

لاعــطاء ضمان[١] سواء المتعلق منها بصفتهم الشخصية أو بصفتهم الوظيفية[٢].

على العكس من ذلك نجد أن الكفالة أكثر تحديدا، حيث أن الكفالة لا تفترض (م٢٠١٥/مدنى فرنسى)، أو على الأقل يلزم أن يكون رضاء الكفيل واضحا كما هو الحال فى القانون المصرى[٣] وذلك لخطورة التزام الكفيل.

ولذلك فان عدم الوضوح فى الصياغة يفتح الباب على مصراعيه للتلاعب، إذ أن المسئول من إحدى الشركات الأم عندما يلتزم بصفته كفيلا لأحد الشركات التابعة له سيكون من مصلحته اللعب بالالفاظ والقول بأنه لم يلتزم بصفته كفيلا وإنما التزم بصفته مصدرا لخطاب نوايا أو ثقة. ولذلك يمكن أن يلتبس الأمر على الغير الذى منح إئتمانه للشركة التابعة.

هذا النوع من المخاطر يخفف منه عندما يكون الخطاب بحكم العلاقات بين شركة – أم وشركة تابعة لها، حتى فى الحالة التى تكون العلاقات بينها أقل إرتباطا من الناحية العضوية ،كما هو الحال بالنسبة للفرع la succursale، وذلك لأن ذمة هذا الفرع مرتبطة عضويا ايضا بمصدر الخطاب[٤].

ب- خطابات النوايا وخطابات الثقة

يذهب بعض الفقهاء إلي ضرورة التفرقة بين خطابات النوايا وخطابات الثقة. ونقطة البداية عند هؤلاء الفقهاء أن خطابات الثقة تعد نوعا من

---

(١) من أمثلة هذه المتطلبات، تصريح مجلس الإدارة م ٨٩ من مرسوم قانون رقم ٦٧ – ٢٣٦ في ٢٣ مارس ١٩٦٧ أو مراعاة الحدود التنظيمية، الحدود القصوى للمبالغ أو سلطات واختصاص مصدر الخطاب.

(2) J.L. Rive - Lange et M. Contamine - Raynaud, Droit bancaire, 4éd, Dalloz 1986, no. 346.

(٣) وذلك حسب مايذهب اليه الفقه الغالب، أنظر السنهوري ، الوسيط ج ٠ فقره ٢٩ ص ٢٦٣ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينة، الطبعة الثالثة ١٩٧٩ ص ١٥٠م توفيق فرج دروس في التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨١ ص ١٠ ، ١٢.

(4) Ibrahim Najjar ,op. ct., p. 220.

خطابات النوايا. فخطابات النوايا متعددة الأشكال بحيث أنها لا تقع تحت حصر، فقد تكون عرضا محددا جدا، وقد تكون وعدا أو خطاب التزام، أو تعهدا غير ملزم!

وخطاب الثقة مثله مثل خطاب النوايا، من أصل أنجلو امريكى موضعهما الطبيعى فى مرحلة المفاوضات أو المناقشات من أجل إبرام عقد معين لكن خطاب النوايا يمكن أن يكون مجرد مشروع ما قبل التعاقد، أو إطارا للتعاقد فى حالة إذا ما تم إبرام العقد. فهو يشكل مرحلة أولية بالنسبة للعقد المراد التفاوض عليه، أو حتى بالنسبة لبروتوكول التعاقد. فخطاب النوايا ليس دائما إتفاقا مبدئيا. فالاتفاق المبدئى ليس بالضرورة أن يكون إتفاقا، حيث أنه يمكن أن يعنى أن نية الارتباط ليست إلا إحتمالية[١].

وعلى ذلك إذا كان خطاب الثقة ليس إلا خطابا للنوايا، إلا أنه أكثر من مجرد إمكانية مبهمة، أو مجرد احتمال يزيد أو يقل فى تحديده. فخطاب الثقة إرتباط بشىء لم يبق إلا تحديده. فطبقا للعبارات المستعملة، النية قد إنعقدت، والإرادة قد تم التعبير عنها أو تم الكشف عنها من جانب قضاة الموضوع.

فى هذا الصدد نجد أن مظـــهر العبارات المستخدمة من جانب موقع خطاب الثقة وما توحي به يتـــنوع إلي مالانـــهاية. ومن خـــلال هذه العبـــارات يمكن تحديد أهمية ومدي المسئولية. ومـــن العبـــارات المســـتخدمة عـــبارة، يمكننا أن نوصى on peut recommander، أو نقدم présenter أو نضمن garantir وما إلي ذلك. لكـــن فى كـــل مـــرة نجد

(1) Ibrahim Najjar, op.cit., p. 220.

أن الأمر يتعلق بأكثر من مجرد تصريح حكيم، أو إعتراف، أو شهادة بحسن السير والسلوك.

فى الواقع أن خطاب الثقة يترجم وجود التزام معين. هذا الالتزام له طبيعة قانونية طالما أنه محدد، أى طالما أنه يتضمن التزاما بعمل أو بإمتناع عن عمل أو بإعطاء (ساعد، أو أمتنع عن كل مناقشة، أو دفع عند الاقتضاء). فإذا تخلف هذا الالتزام فإن خطاب الشفاعة أو الرعاية يبقى غامضا وذو طبيعة أخلاقية، أى مجرد شهادة بحسن السير والسلوك. ومع ذلك فإن مثل هذا النوع من الخطابات يمكن أن يؤكد فى بعض الحالات إلتزاما بالتعويض على نطاق المسئولية التقصيرية وذلك على اساس المسئولية الناشئة عن خلق مظهر خادع ساعد أو سبب فى ابرام إتفاق ضار.

على نطاق النظرية العامة للالتزامات، فإن خطاب الثقة بإعتباره التزاما بعمل أو بإمتناع عن عمل يتحول الى مبلغ من التعويض عند عدم التنفيذ. ولكن يشترط لذلك أن يكون هذا الالتزام محددا ودافعا فى مواجهة الغير المتعاقد.

هذا الالتزام يمكن أن يتمثل فى مساعدة الشركة التابعة فى تحقيق أرباح، أوفى الظفر بسوق معينة، أو فى إنجاح صناعة معينة، أو فى إكمال بناء معين ..الخ. فى مثل هذه الحالات فإن خطاب الثقة يتضمن التزاما بوسيلة وليس التزاما بتحقيق نتيجة[1]. كما أن هذا الالتزام يمكن أن يكون ايضا التزاما بإمتناع عن عمل، كعدم المطالبة فى الحال بالمبالغ المستحقة للشركة

---

(1) Ibrahim Najjar , op.cit., p. 220.

الأم – الدائنه، وذلك حتى لا تضطرب الموارد المالية للشركة التابعة أو الشخص المشمول بالرعاية. وعلى ذلك يمكن أن نعدد الأمثلة فى هذا الصدد. لكن المهم هو أن الجزاء لا يتغير فى كل هذه الحالات، ويبقى دائما وأبدا دفع مبلغ من التعويض. وهذا يعنى بطبيعة الحال أن نأخذ فى الاعتبار الضرر الواقع والسببية والسلوك غير المألوف من جانب موقع الخطاب (وذلك حتى لا نتكلم عن خطأ). والأمر هنا لايتعلق بطبيعة الحال بعقد وإنما بالعكس يتعلق بالمسئولية التقصيرية. ولذلك فإنه سيؤخذ فى الاعتبار عند التقدير الضرر الذى حاق فعلا بالمضرور وليس الضرر المتوقع فحسب. فخطاب الثقة لا يمكن أن يعتبر كعنصر فى أى عقد مزعوم.. ثلاثي الأطراف! و إذا اعتبر كذلك فإننا لا نكون بصدد خطاب ثقة وإنما بصدد عقد دون أدنى قيد أو شرط، ينبغى حينئذ تحديد أطرافه وشروطه ونظامه القانونى.

إذا كان خطاب الثقة يتضمن التزاما بإعطاء، أى التزاما بالدفع، يمكن هنا فقط إدانة موقع الخطاب، دون أن نصف بخفة التزامه بأنه التزام بتحقيق نتيجة، وذلك لأنه ينبغى تحديد نطاق الالتزام باعطاء، والظروف التى تم فيها، ومحله. فإذا كانت الشركة الأم قد أخذت على عاتقها مساعدة الشركة التابعة لها، فان هذا لا يعنى أنها ستقبل التظهير أو الضمان الاحتياطى لميزانيتها أو لديونها المستقبلة ! على العكس من ذلك إذا تعهدت الشركة الأم بأن تقوم الشركة التابعة لها بالوفاء بكل ديونها إلي كل (أو بعض) دائنيها. فهذا لا يتعلق بمجرد خطاب نوايا مبهم أو كفالة غير صريحة، ولكن يتعلق بضمان إحتياطى، أو بتعهد عن الغير أو بإشتراط لمصلحة الغير بحسب الأحوال[1].

---

(1) Ibrahim Najjar , op.cit., p. 221.

- **تنوع خطابات الثقة:**

نحن نعلم أن قوة الالتزام تختلف بحسب ما إذا كان التزاما أخلاقيا، أو قانونيا، مدنيا أو تجاريا..الخ. وفى الغالب يفترض أن صاحب الخطاب سيحترم توقيعه وبصفة خاصة إذا كان صاحب شهرة ويسار. ولكن التجربة قد دلت على أنه عندما يكون مبلغ الالتزام كبيرا فإن الحجج المنمقة ستتغلب على النوايا الحسنة. فى الحقيقة أن الأمر يتعلق بصراع مشروع، لأن كل من الدائنين والمدينين أرادوا أن يتجنبوا الصيغ والأشكال الجامدة. ومايجب توضيحه فى هذا الصدد أنه لا يؤخذ مأخذ الجد إلا الالتزام القانونى، مالم يتعلق الأمر بخطاب ثقة صادر من شركة أم لصالح شركة تابعة لها وتربط بينهما علاقات قوية، كأن يكون لهم نفس الأسم ونفس العلامة، ونفس الذمة بحيث تختلط شهرتهما معا...الخ، مما يجعل الضمان أكثر واقعية، وأكثر من أن يكون شهادة حسن سير وسلوك.

ويمكن تصنيف خطابات الثقة فى عدة طوائف[١]:

- **خطابات ثقة لا تعد من قبيل الكفالة منها:**

١- خطابات الثقة التى لا تتضمن التزاما قانونيا ولكن مجرد إعلان لا يعدو أن يكون التزاما أخلاقيا أو التزاما طبيعيا.

٢- خطابات تتضمن (وهذا نادر) التزاما قانونيا بالقيام بعمل مصدره تعاقديا، ولكن لا يمكن تكييفه إلا بالتزام ببذل عناية.

- على العكس من ذلك هناك خطابات ثقة تخضع للنظام القانونى للضمانات المنصوص عليها فى القوانين والمنشورات الضريبية والتجارية:

(1) J.P. Bertel, les lettres d'intention, Banque, 1986, P.900.

١ - خطابات تتضمن فى صياغتها إلتزاما حقيقيا بالوفاء محل المدين الأصلى وتكون فى الحقيقة كفالة مقنعة.

٢ - خطابات تتضمن التزامات قانونيا بالقيام بعمل مصدره تعاقديا، ولكن هذا الالتزام يمكن تكييفه بالتزام بتحقيق نتيجة.

وفى النهاية يجب أن نشير إلي أن هذه التصنيفات يمكن أن تتداخل وان الوقائع غالبا ما تكون أكثر تعقيدا وأكثر سرعة من الأفكار. ولذلك يقع على عاتق القضاء أن يتعامل فى كل مرة مع خطابات الثقة على انها نظام مستقل.

٢- النظام القانوني

يجرى الفقه[١]، والقضاء[٢] فى فرنسا على عدم التفرقة بين خطابات النوايا وخطابات الثقة. كما أن تحديد النظام القانونى لأى منهما يتوقف على قوة وطبيعة الالتزامات الناشئة عنهما، ولنر بالتفصيل هاتين النقطتين:

أ- الخلط الدارج بين خطابات الثقة وخطابات النوايا:

يجرى الفقه والقضاء فى فرنسا على عدم التفرقة بين خطابات النوايا وخطابات الثقة على النحو السابق بيانه. وقد تأكد ذلك فى حكم أخير صادر

(1) J. Terray, la lettre de confort, Banque, 1980; Les lettres de patronage, pub. Feduci et la faculté de droit de Namur, L.G.D.J.1984, Rép. com., Dalloz, vo le cautionnement commercial par Ph. Delebecque' No.31 et 73; J.P. Bertel , op.cit; Ph. Malaurie, L. Aynès op.cit., no. 321 p. 101 et s.

(2) Paris, 18 déc. 1987 , D.89. 436; Paris 11 févr. 1988; inédite cité par Ibrahim Najjar, note 12 p.219; com. 21 déc. 1987, D. 1989. 112 note J.P. brill, J.C.P. II, 21113, concl. M. Montanier.

من محكمة فرساى فى ٥ مايو ١٩٨٨ وقد إتخذت المحكمة موقفا واضحا وقاطعا فى هذه المسألة واعتبرت خطاب الثقة مرادفا لخطاب النوايا[١].

وعلى ضوء هذا الحكم وغيره من أحكام القضاء تستطيع أن نلخص موقف القضاء الفرنسى فى الوقت الحالى فيما يلى:

– قد تأكد عدم التفرقة بين خطابات النوايا وخطابات الثقة، ولكن دون أن يرد تعريف محدد للاولى.

– بيان التشابه فيما بين آثار الكفالة وخطابات النوايا أو الثقة مع تسجيل الفارق الهام، الذى أكدته محكمة فرساى، وهو أن خطابات النوايا أو الثقة من المحتمل تنفيذها بمقابل.

– أن الالتزام الناشىء عن خطابات النوايا أو الثقة يمكن أن يكون ذا أصل عقدى بالرغم من تجرده من كل شكلية.

– إن الالتزام الناشىء عن هذه الخطابات يعتبر التزاما قانونيا وليس اخلاقيا فقط.

---

(1) "qu'il n'est pas discuté que le signataire d'une lettre de confort (ou d'intention) ne s'engage pas seulement moralement mais contracte juridiquement une obligation analogue à celle découlant du cautionnement, encore que son engagement soit dénue de formalisme et puisse éventuellement être exécuté par équivalence"; qu'étant donné le contexte des négociations et la "rareté des lettres d'intention", on peut légtiment se tromper sur l'étendue de ses droits". D. 1989, 436, J.C.P éd. N. 1989 I. 236 note P. Estoup.

- ينبغى الرجوع إلى الظروف والوقائع التى تم فيها الخطاب لتحديد نطاقه.

وعلى ذلك فإن الطبيعة القانونية للخطابات قد تأكدت فى النطاق التعاقدى من خلال العبارات والالفاظ المستخدمة بما يتجاوز نطاق الالتزام بالإرادة المنفردة. ويبقى أن نشير إلي أن النتائج الخطيرة المترتبة على الخطاب تتعارض مع طبيعته غير الشكلية وإيتساره فى مجرد خطاب النوايا[١].

ب- قوة الالتزام وطبيعته تحدد نظامه القانوني:

سوف نستعرض هنا موقف كل من الفقه والقضاء بصدد هذه المسألة.

- **في الفقه:** نجد أن طبـيعة الالتزام الناشىء عن الخطابات طبيعة غير مؤكدة. فبالنسبة لبعض الفقهاء نجد أن الأمر يتعلق بمجرد التزام اخلاقى"d'une obligation morale, d'une gentlements agreements" غير قابل للتنفيذ الجبرى أو التنفيذ بمقابل. هذا الالتزام يستمد قيمته من الشرف، والشهرة والثقة التى تتسم بها علاقات الأعمال[٢].

بالنسبة للبعض الآخر فإن الالتزام الناشىء عن خطاب النوايا يعتبر التزاما مدنيا، ببذل عناية أو بتحقيق نتيـجة حسـب الأحوال، وأن عدم تنفيذه

(1) Ibrahim Najjar, op.cit., p. 219.

(2) B. Oppetit, l'engagement d'honneur, D. 1979, Chr. 107 et S, Spécial no.8, c'est aussi l'avis des banques, en ce sens le papier délivré par le président de l'associatīon professionnelle des banques, rapporté par M. Oppetit.

يرتب مسئولية موقعة. هذا الأخير ليس مدينا بالتزام الشركة التابعة، المستفيد، وإلا كان كفيلا، ولكن بدفع مبلغ من التعويض قد يصل الى نفس قيمة الدين[1].

فى القضاء: نجد أن بعض المحاكم قد ذهبت الى أن الالتزام الواقع على عاتق الشركة الأم يعتبر التزاما مدنيا بتحقيق نتيجة. وقد ترتب على ذلك أن المحاكم قد أدانت الشركة الأم بدفع مبلغ التعويض للدائن يعادل قيمة الدين[2].

وقد أيدت محكمة النقض هذا التكييف وأضافت عدة مبادىء هامة فى هذا الصدد. فقد قررت المحكمة أنه بالرغم من الطبيعة المنفردة لخطابات النوايا، إلا أنه يمكن، وذلك عند قبوله من جانب المرسل له، وبالنظر الى القصد المشترك للمتعاقدين، أن ينشىء على عاتق موقعه التزاما تعاقديا بعمل أو بإمتناع عن عمل يمكن أن يصل إلى درجة الالتزام بتحقيق نتيجة، حتى لو لم يكن كفالة ثم اضافت المحكمة أنه إذا كان صحيحا أن الكفالة لا تفترض قط وأنها يجب أن تكون صريحة، إلا أن الذى يعلن، بإعلان عن الإرادة لا يشوبه أى غموض ويتسم بكل الوضوح، أنه يلتزم أمام الدائن فى أن يقوم بالوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، فإنه يصبح كفيلا لهذا الالتزام[3].

وقد بينت محكمة باريس فى ١٨ ديسمبر ١٩٨٧[4]، بأن الالتزام الناشىء

(1) J. Terray, op.cit., M. Vasseur, D. 1985 , somm. 340.

(2) Paris, 25 avr. 1979, D. 80 I.R. 55; obs. M. Vasseur; Trib. com. Paris 27 oct. 1981, D. 82 I.R. 1981 obs M. Vasseur; Trib. com Paris, 30 avr. 1985 D. 85 I.R. 325, note M. Vasseur.

(3) Com. 21 déc 1987, précité.

(4) D. 1989 436.

عن خطاب النوايا يمكن أن يكون التزاما بعمل ببذل عناية ينشأ عنه التزام بدفع مبلغ من التعويض فى حالة عدم التنفيذ.

ويجب أن نلاحظ أن خطاب النوايا الذى يتمخض عنه كفالة لا يكون أمام الضامن أى حرية فى إختيار الوسائل لتنفيذ التزامه وإنما ينبغى عليه تنفيذ الالتزام بدلا من المدين. بينما إذا تمخض خطاب النوايا عن التزام بتحقيق نتيجة فإن الضامن يستطيع أن ينفذ هذا الالتزام بطرق مختلفة، كأن يدفع سلفيات للشركة التابعة، أو يكتتب فى زيادة رأس المال...الخ.

وعلى ذلك يمكن أن نخلص إلي أن هناك عدة نماذج من خطابات النوايا، بعضها مجرد التزام اخلاقى، له قوة اكيدة، إذا كانت الشركة الأم ذات أهمية معينة وشهرة حسنة، وبعضها الآخر يعتبر كفالة مقنعة، وذلك بقصد الافلات من بعض أحكام القوانين، كالافلات من التصريحات المتطلبة فى بعض القوانين(١)، وضرورة ظهور هذا الارتباط فى ميزانية الشركة(٢). ويوجد بين هذين النوعين نوع آخر من الضمانات لا تنشىء إلا إلتزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة بحسب الأحوال.

---

(١) من ذلك المادة ٩٨ و ١٢٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٦ فى فرنسا.

(٢) انظر غير ذلك من النصوص والأنظمة الواجبة الاحترام فى هذا الصدد.
Ibrahim Najjar, op.cit., p. 217.



الباب الثاني

فكرة الضمانات غير المسماة في نطاق قانون الأموال

تمهيد وتحديد

فى هذا الصدد سوف نعرض لعدة نقاط على التوالى لنلقى الضوء على دور الضمانات غير المسماة فى نطاق قانون الأموال.

١- جدلية التطور في نطاق التأمينات وانعكاساتها:

فى الواقع إن تطور التأمينات العينية قد خضع، بصفة عامة، لجدلية معينة تتجلى أهم مظاهرها فى:

١ – الانتقال من التبسيط إلى التعقيد ثم من التعقيد الى التبسيط وهكذا. فمن التصرف الائتمانى الى الرهن الرسمى ومن الرهن الرسمى الى التصرف الائتمانى.

٢ – الانتقال من التزايد إلي التناقص ومن التناقص الى التزايد. فقد بدأت التأمينات العينية متعددة ثم ظهرت فكرة الحقوق العينية التبعية وإنحصارها فيها، ثم تعددت الضمانات، بعد ذلك وتجاوزت فكرة الحقوق العينية التبعية.

وكذلك فان تطور الصياغة القانونية فى هذا الصدد قد إتسم أيضا بالجدلية[1]. فالتأمينات العينية قد مرت بثلاث مراحل: التصرف الإئتمانى، ثم الرهن الحيازى، ثم الرهن الرسمى. فى الوقت الحاضر يبدو أنها قد عادت الى شكلها البدائى، الملكية.

فى الأصل، فى القانون الرومانى القديم كما هو فى القانون اليونانى

(1) J. Ph. Lévy, coup d'oeil historique sur le sûretés réelles, Rev. d'histoire du droit, 1987, p. 231.

التقليدى، كان التصرف الائتمانى هو أول أنواع التأمينات العينية التى عرفتها هذه القوانين. هذا التصرف الائتمانى يمنح للدائن حق الملكية ذاته على سبيل الضمان. ويرجع ذلك إلى أنه فى المجتمعات البدائية كان من الصعب تصور حقوق عينية أخرى غير الملكية. وعلى ذلك فكانت الملكية تمنح للدائن حتى يقوم المدين بالوفاء، فاذا تم الوفاء يعيد الدائن الملكية إلي المدين. بطبيعة الحال يعتبر هذا الضمان ضمانا فعالا ويستجيب تماما إلي مبدأ الفعالية الذى يحكم التأمينات.

لكن هذا الضمان يصطدم بثلاث عقبات رئيسية: أولا، إسراف فى الائتمان وذلك على عكس مبدأ الحد من التأمينات. فإذا كان المال المتصرف فيه أكبر من قيمة الدين فإن المدين لا يستطيع أن يستفيد من هذا المال لاستخدامه كضمان لديون أخرى.

ثانيا: المخاطر التى يتعرض لها المدين، حيث هناك مخاطر عدم إحترام الدائن لهذه الثقة التى منحها له المدين بأن لايرد له المال أو أنه يتصرف فيه إلى الغير فهذا الضمان لا يعطى المدين دعوى إسترداد ولكن يقنع المدين بما يوليه للدائن من ثقة.

ثالثا: تجريد المدين من الحيازة، وما يترتب على ذلك من حرمانه من الانتفاع بهذا الشيء.

الوسيلة البدائية الثانية تتلخص فى أن تبقى ملكية المال لمدين ويقتصر الأمر على إعطاء حيازة المال للدائن. وهذا ما يعرف بالرهن الحيازى. وقد كانت هذه الوسيلة شائعة فى القوانين البدائية. كما أن هذه الوسيلة يمكن أن ترد على عقارا وعلى منقول أو على شخص. ويخول الرهن الحيازى للدائن الانتفاع بالشيء المرهون والحق فى تملك ماينتج عنه من ثمار.

لكن هذا الضمان يصطدم ايضا بعقبتين: أولا: الاسراف فى الائتمان وحرمان المدين من الانتفاع بالمال المرهون. ثانيا: أن هناك مخاطر من اساءة استعمال الشىء المرهون من جانب الدائن، وخاصة إذا كان منقولا حيث أن المطالبة به تتسم بالصعوبة.

المرحلة الحاسمة فى هذا التطور هو إبتكار الرهن الحيازى دون نقل للحيازة والتى إنتهت بظهور الرهن الرسمى[1]. وفى هذا الضمان الأخير يتمتع الدائن فقط بحق التقدم وحق التتبع دون أن تنتقل له الملكية أو الحيازة.

ولذلك فإن هذه الوسيلة تعطى للدائن ضمانا أقوى من الرهن الحيازى مع تلافى السلبيات التى كان تضر بالمدين.

فى الوقت الحاضر عادت الملكية مرة اخرى لتلعب دور الضمان الذى كانت تقوم به من قبل وذلك لما تحققه من حماية أكيدة للدائن فى حالة إفلاس المدين على النحو الذى سوف نعرض له فى الفقرة التالية.

وتعتبر الضمانات اليوم متعددة ومتنوعة وتطورها لم ينته بعد لأنها تابعة للحياة الاقتصادية التى هى دائما فى تطور مستمر. ففى الواقع أن كل الدائنين ليس لديهم حاجة الى نفس الضمانات، وكل المدينين لا يمكنهم تقديم نفس الضمانات على النحو السابق بيانه فى مقدمة البحث.

٢- الإعتبارات التي أدت الي توظيف الملكية كوسيلة للضمان:

فى الدول المتقدمة قد جدت معطيات جديدة أدت إلي الحد من فعالية التأمينات العينية.

---

(1) J. Ph. Lévy, op.cit., p. 241 et s.

ففى قوانين الافلاس الحديثة[1] لم يعد هدفها عقاب المدين غير الأمين، أو حتى الوفاء للدائنين وإنما أصبح الهدف هو محاولة إنقاذ المؤسسات مما تتعرض له صعوبات.

وقد ترتب على هذه الفلسفة الجديدة لقوانين الافلاس، أن تراجعت فعالية التأمينات العينية فى حالة إفلاس المدين وذلك لحساب بقاء المؤسسات والاحتفاظ بالعمل للعمال. ولذلك فقد أصبح القانون فى صف الدائنين الذين يسمح تعاونهم باستمرار المؤسسة، أى الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد حكم افتتاح الاجراءات، فهؤلاء يحصلــون عــلي حـــقـهم بالاولوية عن كل الدائنين الآخرين سواء كان هؤلاء مزدون بامتيازات أو بتأمينات أم لا، باستثناء حقوق الأجراء. فى الوقت الحاضر أصبح من الأفضل أن يكون الدائن دائنا لاحقا، حتى ولو كان عاديا، من أن يكون دائنا سابقا مزودا بتأمين عينى.

وقد كانت النتيجة المباشرة لهذه القوانين الحديثة تراجع التأمينات العينية التقليدية الرهن الرسمى، والرهن الحيازى، بدون حيازة..الخ وظهور ضمانات بدائية ترتكز أساسا على الحيازة (الحق فى الحبس، الرهن الحيازى العقارى)[2]، أو على الملكية (شرط الاحتفاظ بالملكية، الإيجار الائتمانى، التصرف الإئتمانى).

وعلى ذلك فقد أدت هذه التطورات الحديثة إلي العودة، دون قيد أو شرط، إلى المنبع، الى قانون الالتزامات، وقانون الأموال، فقد لجأ العمل الى الوسائل الاتفاقية ليوظف الاحتفاظ بالملكية أو نقل الملكية لتحقيق نوع من

(1) Ph. Malaurie, L. Aynés, les sûretés, op.cit., no. 409 p. 126.

(2) R. Tendler, l'antichrèse, mythe ou réalité, D. 1989, chr. 22, p. 143.

الضمان يفوق فى فعاليته التأمينات العينية التقليدية. ولذلك لم تعد الملكية غاية فى ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهى الضمان.

والذى يجب علينا أن نوضحه منذ الآن أن هذه الضمانات وذلك خلافا للتأمينات العينية، تعتبر أثرا لمركز محدد أو لمجموعة من الروابط أو لطبيعة هذه الروابط. بينما نجد أن التأمينات العينية تضاف الى رابطة الالتزام ولا تعد بحال من الأحوال أثر لهذه الرابطة، وتنشأ عن مصدر مختلف ومستقل عن هذه الرابطة، كالاتفاق، أو القضاء أو القانون.

هذا التطور يرجع الى أن تزايد أهمية الائتمان فى العصر الحديث وإتساع نطاقه قد أدى الي الاقبال المتزايد على الضمانات فالحاجة الى الآمان أصبحت حاجة عصرية عميقة.

٢- الملكية كوسيلة للضمان وأحكام القانون الوضعي:

فى القانون الفرنسى كانت هناك صعوبة فى إعتبار الملكية نوعا من التأمينات وذلك لاعتبارات نظرية واعتبارات عملية:

أ- بالنسبة للاعتبارات النظرية:

١- اول هذه الإعتبارات أن التأمينات العينية واردة على سبيل الحصر، **وبالتالى لا تأمين عينى دون نص. وخاصة وأنه لا يوجد أى نص يجعل من الملكية تأمينا عينيا. هذه الحجة ليست حاسمة. فإذا كانت إرادة الأطراف قاصرة عن أن تنشىء تأمينا عينيا، بالمعنى الفنى الدقيق، إلا أنها تستطيع طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية أن تنشىء ضمانات تبعية قابلة للانتقال ويمكن أن تنتج آثارا قريبة من آثار التأمينات[1]. والمشكلة الحقيقية تكمن فقط فى كفالة وسيلة شهر وعلانية بهذه الضمانات كما فعل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية.**

٢- الاعتبار الثانى يتمثل فى تعارض طبيعة حق الملكية كحق عينى أصلى مع إستخدامه كحق عينى تبعى - فحق الملكية مرتبط باستغلال الشىء والحصول على منافعه الاقتصادية، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وهذا لا يمكن أن يكون محلا لأى ضمان فى الواقع. هذا النوع من الضمان لا يخول للدائن كل خصائص ومزايا الملكية، حيث أن إستغلال المال يظل على عاتق المدين.

٣- عدم الملائمة، ففاعلية الضمان الذى تعطيه الملكية يؤدى الى التضحية بمصالح الدائنين الآخرين، كما أنه يؤدى الى تبديد إئتمان المدين دفعة واحدة.

ب- بالنسبة للاعتبارات العملية: تتمثل هذه الاعتبارات فيما يلي:

١- إجراءات الشهر والعلانية لهذا النوع من الضمانات إما بدائية أو غيرموجودة وخاصة وأن التأمين العينى الخفى يشكل إعتداءا صارخا على الإئتمان.

٢- بقاء الدائن مالكا يتضمن مخاطر التصرف فى المال، خاصة فى حالة انتقال الملكية على سبيل الضمان.

٣- انتقال الضمان تبعا لانتقال الدين المضمون يبدو فى نظر البعض، أمرا صعبا. لذلك ينبغى لتسهيل تداول الحقوق أن يكون فى الاستطاعة أن يتبع التأمين الدين الضممون، بمعنى الاحتجاج بالشروط العقدية المتضمنة هذا الضمان.

٤- إذا كان قد تم حماية الدائن جيدا فى مواجهة الدائنين الآخرين إلا أنه

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 406. p. 123.

لم يتم حمايته فى مواجهة المدين نفسه، حيث أن هذا الأخير يحوز الشيء ويستغله ويمكن نقله بل وتدميره.

وبالرغم من ذلك فإن أيا من هذه الاعتراضات لم تمنع الملكية بعد ما أفرغت من حق الانتفاع والمزايا الاقتصادية لشيء، وبعد ما إنحصرت فى حق على القيمة، من أن تلعب دور الضمان. من ناحية أخرى بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية فإنه قد سمح به تدريجيا فى القانون الوضعى(١).

٤- خطة الدراسة:

فى قانون الأموال سنجد أنه قد تم توظيف الاحتفاظ بالملكية ونقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق فى فعاليته التأمينات العينية التقليدية. وهكذا لم تعد الملكية غاية فى ذاتها وإنما أصبحت، فى هذا الصدد، وسيلة لتحقيق غاية أخرى، وهى الضمان.

ولذلك سوف تنقسم دراستنا فى هذا الباب الى فصلين رئيسيين:

الفصل الأول: الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

الفصل الثانى: نقل الملكية على سبيل الضمان.

---

(١) انظر قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ فى فرنسا انظر نص المادة ٤٥٥ من التقنين المدنى الالمانى، والمادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى.

الفصل الأول

الاحتفاظ بالملكية علي سبيل الضمان

الحياة العملية قد جعلت البائع - المورد يبحث عن ضمان سهل وبسيط وقوى فى نفس الوقت فوجد كل ذلك فى شرط الاحتفاظ بالملكية كما أن العوامل الاقتصادية قد أفرزت بعض انواع من العقود تحقق من بين أهدافها نوعا من قبيل هذا الضمان للدائن. من هذه العقود التى أصبحت شائعة فى وقتنا الحاضر عقد الإيجار الائتمانى وعقد البيع الإيجارى أو عقد الإيجار المتضمن وعدا بالبيع.

ولندرس هذه الوسائل على التوالى.

المبحث الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية

ولدراسة شرط الاحتفاظ بالملكية ينبغى علينا أن نعرض أولا، لماهية شرط الاحتفاظ بالملكية، ثم نعرض بعد ذلك لما يحققه هذا الشرط من ضمان.

المطلب الأول: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية

فى هذا الصدد يجب أن نعرض أولا للتعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية، ثم نبين بعد ذلك الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية.

أولا: التعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية

سنتكلم فى خصوص هذا التعريف عن تحديد المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية ونبين حكمه، ثم بعد ذلك نتعرف على آثار هذا الشرط على نطاق الحقوق العينية.

١- المقصود به وحكمه:

شرط الاحتفاظ بالملكية اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع، ولو تم تسليمه، إلي أن يستوفى كامل الثمن[١].

وهذا الانفاق يعتبر صحيحا طبقا لنص المادة ٤٣٠/١ مدنى مصرى والتى تنص على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استبقاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

كما أن التقنين المدنى الالمانى قد نظم هذا النوع من البيوع فى نص المادة ٤٥٥ حيث ينص على أنه عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن، يعتبر ذلك، فى حالة الشك، نقلا للملكية معلقا على شرط واقف، وهو دفع كامل الثمن مع إحتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشترى فى هذا الوفاء[٢].

أما بالنسبة للقانون الفرنسى فان الفقه فى مجموعه يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضا وذلك لأن نص المادة ١٥٨٣ ونص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى واللذان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع، ليسا من القواعد الآمرة[٣]. وبعد ما إنتشر شرط الاحتفاظ بالملكية فى العمل إضطر المشرع الفرنسى الى التدخل لتنظيم أثر هذا الشرط وبصفة خاصة فى حالة إفلاس المشترى بالقانون رقم ١٢ مايو ١٩٨٠.

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretes, op.cit., no. 745, p.239.

(2) M. Pédamon, la réserve de propriéte en droit Allemand et en Droit Français, in Rev. jur com. numéro spécial fév, 1982, p.57.

(3) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 754, p.240.

٢- آثار شرط الاحتفاظ بالملكية على نطاق الحقوق العينية:

فى الواقع أن هناك تساؤلا يطرح نفسه، ماهو المركز القانونى لكل من البائع والمشترى قبل الوفاء بكامل الثمن؟

فى القانون الفرنسى يرى الفقه أن عقد البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ينقل بعض خصائص الملكية فى شكل حق عينى الذى يتحتم تحليله على أنه تجزئة لحق الملكية. والسؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان من الممكن تجزئة حق الملكية فى حقوق عينية أخرى غير الحقوق العينية المعروفة والمنظمة فى القانون المدنى؟ فهل شرط الاحتفاظ بالملكية ينقل عملا الى المشترى حق إستعمال البضاعة فى الوقت الذى يمتنع فيه عليه التصرف فيها، سواء كان هذا التصرف بالتحويل أو بالبيع؟

بالنسبة للقضاء عادة يشار الى حكم قديم جدا صادر من غرفة العرائض فى ١٣ فبراير ١٨٣٤[١]، قد وضع المبدأ الآتى: أن نصوص المواد من ٥٤٤ - ٥٤٦ من التقنين المدنى تعتبر نصوصا مقررة للشريعة العامة وخاصة فيما يتعلق بطبيعة وآثار الملكية، ولكن لا تعتبر نصوصا تحريمية: فهذه النصوص أو أى نصوص واردة فى تشريعات أخرى لا تستبعد ما يمكن أن يتعرض له حق الملكية العادى من تعديل أو تجزئة

بالنسبة للفقه، نجد أن الفقهاء الذين يسمحون بتجزئة حق اللمكية الى حقوق عينية جديدة يستندون الى مبدأ الحرية التعاقدية[٢]. ومع ذلك يقرر هؤلاء الفقهاء أن هذه الحرية لم تستعمل لا فى العمل ولا من جانب القضاء[٣]. حتى بالنسبة للاحكام التى يستشهد بها هؤلاء فى صالح حرية

---

(1) S. 1834 I. 205, D.P. 1834, I. 118 et D. Jur. gen. V. Propriété no. 68 note I.

(2) Cf. chr. Atias, Droit civil les biens, vol. I. 1980, p. 61 et s. J. Derruppé, la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réeles et des droit de créance, thèse Toulouse, 1952, préface, J. Maury no. 257, p. 295.

(3) V. Chr. Atias, op.cit., qui déplore ce faité .

إنشاء حقوق عينية جديدة فانها تقتصر على السماح بإمكانية فصل ملكية العلو عن ملكية السفل، ويقر فكرة الملكية المشتركة، أو فصل ملكية المنتجات أو الثمار الناشئة على نفس الأرض. بعبارة أخرى إن الحقوق العينية التى يبدو أن هذه الأحكام تسمح بإنشائها تكون نتيجة لتجزئة حق الملكية الى حقوق من نفس النوع، كحق ملكية السطح، أو أى شكل من أشكال الملكية المشتركة[١]. كما أن الحرية التعاقدية فى إنشاء حقوق عينية يصطدم بعقبتين أولا: طالما أن الأمر يتعلق بحق عينى مطلق فإنه يقع على عاتق الكافة التزاما باحترامه. وهذا يصطدم بمبدأ نسبية أثر العقد المنشىء له.

ثانيا: إن إنشاء حقوق عينية مرتبط بصفة عامة بتوافر وسائل فنية حديثة للشهر أو العلانية وذلك حتى يتسنى للغير العلم به[٢]. هذه الإجراءات لا يمكن أن تتم، بصفة عامة، إلا بالنسبة للحقوق والتصرفات التى تتضمنها الطوائف المنصوص عليها فى القانون[٣].

وقد ضاف البعض أن الحرية التعاقدية تصطدم فى هذا المجال بالنظام العام المتعلق بطريقة مباشرة بوسائل إنتقال الأموال وسلامة الاتفاقات مما يجعل من الصعب فهم إستطاعة الاطراف إنشاء حقوق قابلة لاحتجاج بها فى مواجهة الكافة بمحض إرادتهم وقد استشهد هؤلاء الفقهاء بقانون أول يونيو ١٩٢٤ والذى نص، بصدد الالزاس واللورين، على أنه لا يعتد بالحقوق العينية العقارية إلا بما نص عليه القانون الفرنسى فقط[٤].

---

(1) J. Ghestin, la clause de réverse de propriéte , Rapport de droit civil, in actualités de droit de l'entreprise, t. 12, p.39.

(2) G. Marty, P. Raynaud, Droit Civil, T.II, Vol. I les beins no.8.

(3) A. Weill, Droit civil, les biens, no.10.

(4) A. Weill, op.cit, no. 10, CF Paris, 2 mars 1979, J.C.P 79 II. 19351 note Plaisant, qui peut sembler aller en ce sens.

هذا الخلاف يكشف عن السؤال المحورى وهو معرفة كيف يمكن أن ينشىء العقد حقا مباشرا على الشىء يحتج به فى مواجهة الكافة، بالرغم من نسبية آثاره، أي أنحصارها فى الاطراف المتعاقدين[١].

وفى القانون الالماني[٢]: نجد أن هناك إجماعا فى الفقه على أن المتصرف اليه، فى البيع المتضمن الاحتفاظ بالملكية، لم يصبح بعد مالكا ولكنه صاحب حق يسمى بالالمانية Anwartschaftsrecht على البضائع المتنازع عليها. لكن ماهى خصائص هذا الحق وماهى طبيعته القانونية؟

بالنسبة لخصائص هذا الحق يرى بعض الفقهاء أن خصائص هذا الحق تنحصر فى حيازة البضائع ورخصة التصرف فى نفس هذا الحق. بالنسبة للبعض الآخر يرى أن مكونات هذا الحق تنحصر فى الحق فى الحيازة والحق فى الاستعمال أو التمتع بهذه البضائع.

أما بالنسبة لطبيعة هذا الحق، الفقه يتفق فيما بينه على أن هذا يعتبر حقا شخصيا فى مفهوم المادة ٨٢٣ من التقنين المدنى الالمانى، وبالتالى يستطيع المتصرف اليه أن يطلب حمايته على أساس المسئولية التقصيرية إذاما إعتدى عليه أحد من الغير[٣].

لكن بعض الفقهاء يرى أن هذا الحق ليس حقا عينيا وإنما هو حق ذو طبيعة خاصة وسط بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية. بينما يذهب البعض الآخر، وهو ما يمثل الرأى السائد، إلى أن هذا الحق يمثل حقا عينيا

---

(1) V.Y. Loussouarn, le transfert de propriété par l'effet des contrats, cours doctorat, Prais, 1969, 70 p. 13et s.

(2) M. Pédamon, la réserve de propriété en droit allemand, Gaz. Pal. 1981. , 4-6 Janv.

(3) M. Pédamon, op.cit., in Rev. jur, com févr. 198, p. 58.

حقيقيا حتى ولو كان تابعا لعقد البيع، (حيث يختفى هذا الحق إذا لم يدفع الثمن)[1].

القضاء الالمانى يعتنق الرأى الأخير ويسير عليه ويستخدم فى هذا الصدد تعبيرات ذات دلالة حق مقارب للحق فى كامل هيئته مجرد مرحلة للملكية، هذا الحق لا يعدو أن يكون حقا للملكية ولكن فى درجة أقل وإن كان من نفس الطبيعة.

بالنسبة للعمليات القانونية التى يمكن أن يؤدى اليها هذا الحق تتطابق تماما مع هذا التفسير. فى الوقت الحاضر ليس هناك منازعة حول أن المتصرف اليه يستطيع أن يتصرف فى هذا الحق طبقا لوسائل نقل الملكية وليس طبقا لوسائل حوالة الحق. وإذا تم الوفاء بكامل الثمن فان حق الملكية ينتقل مباشرة من المورد الى المتصرف اليه الثانى دون أن يمر بذمة المتصرف اليه الأول. كما أن الحجز الذى يقوم به أحد دائنى المتصرف اليه الأول قبل الوفاء بالثمن لا يمكن أن يضر بالمتصرف اليه الثانى، لأنه لا يحتج به فى مواجهته[2].

كيف نأخذ فى الإعتبار كل هذه الحلول التى تنم على اكتساب هذا الحق Anvartschaftsrecht لصفات الحق العينى، وتعد شاهدا، بالنسبة للبعض منها، على قيمته الاقتصادية المتزايدة بحسب مايتم من وفاء الثمن من جانب المتصرف اليه.

أمام ذلك قد قدم بعض الفقهاء فكرة ازدواجية حق الملكية على نفس الشىء. وجوهر هذه الفكرة يدور حول أن خصائص كل من الحق

---

(1) M. Pédamon, rapport précité, p. 58.

(2) M. Pédamon , rapport précite, p. 59.

المتصرف اليه وحق المورد تعتبر فى حقيقتها من نفس الطبيعة[1]. ولكن قد لاحظ أحد الفقهاء، أن كلا من المورد والمتصرف اليه ليس لديهما معا من الخصائص أكثر مما هو لدى المالك العادى. فهما معا المالك والمركز القانونى للاول قد إنتقص بما آل للثانى من سلطات

البعض الآخر من الفقهاء، وهم عديدون، تحدثوا عن إنقسام أو قسمة لحق الملكية. قسمة كمية. ترد على جزء من هذا الحق، دون أن يؤدى مع ذلك، دفع كل قسط جديد عند إستحقاقه الى إنتقال إضافى. قسمة كيفية، ترد على خصائص الملكية، الخصائص التى تتعلق بالضمان وبالتصرف فى الحق تبقى للمورد، والخصائص التى تتعلق بالحيازة والاستعمال أو التمتع بهذا الحق تنتقل الى المتصرف اليه. فحق المتصرف اليه يدخل فى طائفه الحقوق العينية المحددة. ونتيجة لذلك يدخل بعض الفقهاء حق المتصرف اليه ضمن طائفة الحقوق العينية الواردة على سبيل الحصر[1].

لكن يتساءل Raiser، عن المبدأ أو المعيار الذى تمت طبقا له هذه القسمة. ويبدى هذا الفقيه تشككه بصدد هذا التحليل وينازع فى نقطة البداية. كما يلاحظ أن القانون الالمانى للاموال، وهو مستوحى من القانون الرومانى، الذى يفتقر إلي الافكار القانونية المجردة، ينظم بصفة اساسية مراكز دائمة، ولهذا السبب فان طبيعته الاساسية هى الثبات Statique مما يجعله يجهل عنصر الزمن. وعلى هذا فإنه ينبغى، بالنسبة له، أن يؤخذ الوضع فى الاعتبار من منظور الحركة Dynamique، من زاوية الاستخلاف الذى يتم على نفس الحق بين صاحبين، بين المالك السابق والمالك اللاحق، فحق الترقب أو التمنى le droit expectative يمثل مرحلة إنتقالية فى التطور التدريجى لفقدان الحق من جانب مالكه القديم وإكتساب هذا الحق من

---

(١) وقد تأثر العلامة السنهورى بهذا الرأى عند التعليق على المادة ١/٤٣٠ مدنى مصرى.

(2) M. Pédamon, op.cit., p. 59.

جانب مالكه الجديد. هذا التطور يصل الى منتهاه، عندما يتم دفع كامل الثمن[1].

- **إتجاه حديث في الفقه الفرنسي**: على ضوء موقف كل من القانون الالمانى والفرنسى من شرط الاحتفاظ بالملكية حاول بعض الفقهاء أن يقدم تحليلا جديدا لمركز المتصرف اليه فى البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية.

نقطة البداية عند هذا الرأى هى عرض التحليل التقليدى والذى يتلخص فى أن المورد يحتفظ بحق الملكية بينما المتصرف اليه لا يستطيع أن يمارس أى سلطات على البضاعة التى سلمت اليه إلا بناء على سند، إشتراط تعاقدى، (عارية، إيجار) يعنى بناء على حق شخصى.

ويتساءل أصحاب هذا الرأى عن مدى إمكانية اعطاء هذه السلطات فى يوم من الايام على أساس من الحق العينى، حق عينى للاستعمال باعتباره جزء من حق الملكية، والذى لا يختلط بحق الاستعمال الوارد فى نصوص المواد ٦٢٥ ومابعدها من التقنين الفرنسى والذى هو تصغير لحق الانتفاع.

ويستند هذا الرأى الى أنه إذا كان حق الملكية يقوم على أنه مجموع من الحقوق، حق الاستعمال jus utendi، وحق الانتفاع jus fruendi وحق التصرف jus abutendi، فليس بعيدا عن التصور إذن أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية له أثر وهو فصل هذه المجموع[2]، الأول منه ينقل الى المتصرف إليه، الذى يصبح صاحب حق فى الاستعمال، كصاحب حق

(1) M. Pédamon, op.cit., p. 55.

(٢) هناك فرصة أخرى لهذا الانفصال أو على الأقل لترتيب أحد هذه الخصائص لحق الملكية، مثل الهبة المقترنة بشرط عدم التصرف، الوعد بالبيع أنظر M. Pédamon, op.cit., p. 63, note 45.

الانتفاع، فيكون صاحب حق فى الاستعمال وصاحب حق فى التمتع بالأموال التى بين يديه، وهذا بخلاف حق الاستعمال كحق عينى تقليدى لايعطى لصاحبه ولاسرته الخاصة الا ما يحتاجا إليه. كما إنه لايجوز النزول عنه الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى وينقضى بوفاة صاحبه (م ٩٩٦ - ٩٩٨ مدنى مصرى) .

هذا التحليل يتسم بالتأكيد بالجرأة. ويصطدم باعتراضات صيغت بطريقة تقليدية ضد الحرية التعاقدية فى إنشاء الحقوق العينية على النحو السابق ذكره، والتى تتضمن فى عدم قدره العقد على إنشاء الالتزام العام الذى تتميز به الحقوق العينية بسبب نسبية أثر العقد، وإستحالة إتمام الإجراءات اللازمة للعلانية حتى يتحقق بها الاحتجاج فى مواجهة الغير.

وقد تولى صاحب هذا الرأى تفنيد هذه الاعتراضات ، بالقول بأنه فى مسائل المنقول، الحيازة تقوم مقام العلانية اللازمة لاعلام الغير، وهكذا فإن بيعا متضمنا شرط الاحتفاظ بالملكية يتعاصر معه دائما تسليم البضاعة محل النزاع. كما أن الأمر لا يتعلق بانشاء حق عينى جديد ولكن مجرد تجزئة لحق الملكية.

هذا الرأى يعتقد أن الفقه الغالب والقضاء فى أحكامه القديمة، يبدى قبولا لهذا التجديد وذلك الترتيب ففى مطول Planial et Ripert et Picard قد كتب أن الحق العينى أنشىء هكذا لا يمكن إلا أن يكون تجزئة لحق قديم وأن القانون نص على أغلبية صور هذه التجزئة ولكن يمكن أن نتصور غيرها. وقد أكدت دائرة العرائض هذا المعنى فى حكمها الصادر فى ١٣ فبراير ١٨٣٤ والسابق الإشارة إليه.

وعلى ذلك ينتهى هذا الرأى الى أنه ليس هناك مايمنع فى فرنسا من تشجيع التطور الذى يؤدى الى ماوصل اليه جيرانها من إقرار حق Anwartschaftsrecht . ويعتقد أصحاب هذا الرأى أن هذا التحليل له عدة

مزايا، أولها: توافق الحقيقة الاقتصادية مع القانون. ففى أى شىء يستخدم إستلام أدوات التجهيز المباعة تحت شرط الاحتفاظ بالملكية إذ المتصرف اليه لا يستطيع إستعمالها. وثانيها، الأخذ فى الإعتبار الطابع الديناميكى وليس الطابع الثابت، المنظور وليس الحال لكل عملية. وثالثها، الأخذ فى الإعتبار الحالة النفسية للمتصرف اليه الذى يعتبر نفسه كمالك من كل الوجوه وليس مجرد واضع يد ملتزم بالرد. علاوة على قبوله طواعية الأعباء والضغوط التى يفرضها عليه المورد بطريق التعاقد، كنقل المخاطر، وتأمين المخاطر، وتأمين المسئولية، والالتزام بالمساعدة ..الخ. رابعها، إخراج مركز المتصرف اليه من نطاق القوة الملزمة، من نطاق الروابط التعاقدية التى وضع فيها أساسا فى الوقت الحاضر. كما أن هذا الرأى يمكن أن يساهم فى حل مشكلة مدى إنتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية الى الغير على النحو الذى سوف نراه[١].

فى القانون المصري: تنص المادة ٤٣٠/١ مدنى على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على إستيفاء الثمن كله ولو تم التسليم.

وقد جاء فى المذكورة الايضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلا، أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى الثمن حتى لو سلم المبيع قبل ذلك. وهذا ضمان تلجأ اليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط - كالالات وعربات النقل والاراضى التى تباع بأثمان مقسطة. فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد إنتقلت[٢].

(1) M. Pedamon, op.cit., p. 63, 64.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٤، ص ٤٩.

ويرى الفقه المصرى أن المشترى يكون مالكا للمبيع تحت شرط واقف وذلك قبل أن يتم الوفاء بكامل الثمن. ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع، فالذى إنتقل اليه بالتسليم هو حيازة المبيع، أما الملكية فانتقلت اليه بالبيع موقوفة. ولكن ذلك لا يمنع المشترى من أن يتصرف فى هذه الملكية الموقوفة، ويكون تصرفه هو ايضا معلقا على شرط واقف فيجوز له أن يتصرف فى المبيع بالبيع والرهن، ويكون المشترى من المشترى مالكا تحت شرط واقف، كما يكون للمرتهن حق رهن على شرط واقف.

وإذا كان المبيع منقولا – كما هو الغالب – وتصرف فيه المشترى تصرفا باتا لمشتر حسن النية لا يعلم أن ملكية المشترى معلقة على شرط واقف، فقد تملكه المشترى من المشترى تملكا باتا بموجب الحيازة. ولا يعتبر المشترى فى هذه الحالة مبددا، فالتبديد يقتضى قيام عقد معين – الايجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن –وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود.

ولو أفلس المشترى، والشرط لا يزال معلقا، كان الباقى من الثمن دينا فى التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائنى المشترى إذ لا يكون إمتياز البائع ساريا فى حق التفليسة ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسترد المبيع من التفليسة. فهذان أمران يجريان على غير مايشتهى البائع: عدم اعتبار المشترى مبددا إذا تصرف فى المبيع، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عينا من التفليسة[١].

هذا التفسير يتسم بتبسيط للأمور، ويجرد شرط الاحتفاظ بالملكية من كل قيمة، وينعدم الضمان الذى يسعى اليه البائع من وراء تضمينه عقد البيع مثل هذا الشرط، مما يخالف قصد المتعاقدين كما أن هذا التفسير يؤدى الى

---

(١) السنهورى، الوسيط، ج٤ المجلد الأول فقرة ٩٢ ص ١٧٣.

تعقيد للأمور لا مبرر له وذلك بإعطاء المشترى سلطة التصرف في الشيء المبيع، حتى ولو كانت التصرفات موصوفه بنفس الوصف، وخاصة وأن حق المشترى لا يعدو أن يكون حقا غير مؤكد حقا إحتماليا أو شرطيا.

كما أن هذا الرأى يذهب على خلاف ماهو مستقر عليه فى الفقه الالمانى الذى استوحى المشرع منه النص. وكذلك الفقه الفرنسى التقليدى يذهب فى مثل هذه الحالة إلى أن البائع يحتفظ بالملكية ولا يكون للمشترى إلا حق الاستعمال للشيء المبيع والتصرف فى هذا الحق وفى هذه الحدود فقط.

وبناء على ذلك فنحن نرى أن قصد المشرع كما تنبيء عنه الفاظ نص المادة ١/٤٣٠ مدنى ذاتها ومما ورد فى مجموعة الاعمال التحضيرية يفيد أن البائع يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى كل الثمن حتى ولو سلم المبيع قبل ذلك[1]. وأن الغرض من هذا الشرط كما هو واضح هو تحقيق ضمان قوى أبلغ من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد إنتقلت ولذلك نجد أن المادة ٤٢ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ قد حظرت على المشترى التصرف فى المبيع قبل الوفاء بجميع الاقساط، ويتعرض المشترى الذى يخالف هذا الحظر للعقوبة الجنائية المنصوص عليها فى المادة ٤٥ من هذا القانون وهى الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين[2].

والقضاء المصرى لم يأخذ بمنطق شرط الاحتفاظ بالملكية إلى منتهاه

---

(١) قارن مصطفى كمال طه، القانون التجارى ، الأوراق التجارية، والعقود التجارية ، البنوك الافلاس ١٩٨٦ فقرة ٤٠٧ ص ٣٣٥.

(٢) يرى بعض الفقهاء ان هذه الجريمة لا تكون الا فى البيوع التجارية ويشترط فيها أن تكون حرفة البائع هى البيع بالتقسط، إسماعيل غانم، مذكراته فى البيع ص ٧٤، ٧٥ مشار اليه فى السنهوى ج٤ المجلد الأول ص ١٧٥ هامش ١ . وقد عدل هذا القانون بنص المادة ٣/١٠٧ من قانون التجارة الجديد.

حيث أنه لايجيز للبائع الاحتجاج بهذا الشرط على الدائنين فى حالة إفلاس المشترى تحقيقا للمساواة بين دائنى المفلس. ولذلك الضرورة تقضتى أن يتدخل المشرع، على غرار ما فعل المشرع الفرنسى، ليعطى هذا الشرط ذلك الأثر.

ولذلك نرى أن شرط الاحتفاظ بالملكية يثير نفس المشاكل السابق التعرض لها فى القانون الفرنسى والقانون الالمانى وينصرف اليه كافة الإجتهادات السابقة. وهذا ما دفع المشرع المصرى عند إصداره القانون التجارى الجديد أن ينظم بالتفصيل شرط الاحتفاظ بالملكية فى المواد ١٠٦ ، ١٠٧ فى عقود البيع التجارية (م ١٠٤ قانون تجارة جديد).

فقد نصت المادة ١٠٦ من قانون التجارة الجديد على أنه «١- إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشترى هذه الملكية بأداء القسط الأخير» «ويتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه».

«٢- مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها فى باب الإفلاس لايكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائن على المبيع».

كما أن المادة ١٠٧ من قانون التجارة الجديد قد نصت على أنه «١-لايجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع، وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لايكون نافذاً فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله».

٢- للبائع عند تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغير إذن منه أن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً.

٣- يعاقب المشترى عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة لاتجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨٠ من قانون الإجراءات الجنائية. وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

ثانيا: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

تثير دراسة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية عدة تساؤلا، أولا على نطاق التعليق على شرط يثار التساؤل حول مدى إعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا واقفا أم شرطا فاسخا.

ثانيا: فى مرحلة أخرى أثير التساول حول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية تعليقا على شرط أو اضافة الى أجل. وأخيرا، أثير التساؤل حول المركز القانونى للمشترى قبل الوفاء بكامل الثمن.

١- شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف

فى القانون المدنى الالمانى: تنص المادة ٤٥٥ على أنه عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن، يعتبر ذلك فى حالة الشك، نقلا لملكية معلقا على شرط واقف وهو دفع كامل الثمن مع إحتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشترى فى هذا الوفاء.

وكما هو واضح فإنه قد تم وضع المشكلة فى القانون الالمانى فى نطاق الشرط الواقف. علاوة على ذلك نص المشرع صراحة على احتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشترى فى هذا الوفاء.

فى القانون الفرنسى حيث لم يوجد نص مقابل فى التقنين المدنى الفرنسى وحتى بعد أن تم تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ فان الفقه الفرنسى مازال مختلفا حول طبيعة هذا الشرط، هل هو شرط فاسخ أم شرط واقف؟

بطبيعة الحال هناك نتائج عملية مختلفة تترتب على الأخذ بأى من التكييفين فاذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا فاسخا فان المشترى يصبح فى الحال مالكا للبضائع ملكية تامة، ولكنها ملكية مهددة بالزوال. حيث أنه لو لم يتم الوفاء بالثمن يصبح البائع مالكا لهذه البضاعة مرة أخرى. ففى هذه الحالة يوجد نقل للملكية ثم إعادة لنقل هذه الملكية. وإذا أخذنا بمنطق الأثر الرجعى للشرط فإنه عند تحقق الشرط الفاسخ يعتبر البائع الذى لم يستوف فى النهاية الثمن كأن لم تزل عنه قط ملكية الشىء المبيع وبالتالى يتحمل تبعة الهلاك، لكن فى هذه الحالة قرر المشرع إذا هلك الشىء المبيع قبل تحقق الشرط[1] بقوة قاهرة فان تبعة الهلاك تقع عند تحققه على المشترى (م١١٨٢ مدنى فرنسى)، وفى القانون المصرى ستقع تبعة الهلاك على المشترى إذا تسلم العين (م ٢٧٠/ مدنى). وذلك إستثناءً من الأثر الرجعى.

أما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا واقفا، فإن المشتري لا يصبح مالكا للبضاعة، إلا بعد الوفاء الفعلي بكامل الثمن. ويترتب علي ذلك، بصفة خاصة، أنه طبقا لقاعدة هلاك الشيء علي مالكه أن البائع يظل مالكا وبالتالي يتحمل تبعة هلاك الشىء المبيع بقوة قاهرة قبل نقل الملكية (انظر مادة ١١٨٢)[2] وفى القانون المصرى ستقع تبعة الهلاك على البائع سواء

(1) J. Ghestin, la clause de réserve de propriété, Rapport de droit civil, op.cit., p.46.

(2) J. Ghestin, op.cit., p. 46.

كان الهلاك قبل التسليم أو بعده طبقاً لنص (المادة ٢٧٠ مدني) استثناء من الأثر الرجعى[١].

الفارق الأساس بين التكييفين يكمن فى المركز القانونى للمشترى إلى أن يتم الوفاء بالثمن. فى الفرض الأول نجد أن المشترى يصبح مالكا ملكية تامة للشئ المبيع، بالرغم من أن حقه مهددا بالزوال وبالتالى يستطيع أن يتصرف فيه بنفس هذا الوصف. أما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا واقفا، كما هو الحال فى الفرض الثانى، فانه ليس للمشترى إلا حق إحتمالى[٢]، أو شرطى[٣]، ولذلك يكون من الصعوبة بمكان تحديد السلطات التى يباشرها المشترى على البضاعة المبيعة والمسلمة له. فالمشترى محرز لهذه البضاعة دون أن يكون مالكا لها ولا حائزا لها، لأنه ليس لديه نية التملك، أى اعتقاده بحسن نية أنه مالك.

فى القانون الوضعي الفرنسي: يختلف الأمر قبل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ عن بعده.

---

(١) وتفسير ذلك بسيط لأنه إذا هلكت العين بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط، فقد كان مقتضى الأثر الرجعى للشرط عند تحققه اعتبار إنها كانت على ملك الدائن (المشترى المالك تحت شرط واقف)، فتهلك عليه إذا كان قد تسلمها وعلى البائع إن لم يكن قد تسلمها طبقاً للقواعد العامة، لكن المادة ٢٧٠/٢ مدنى استبعدت الأثر الرجعى للشرط على أساس أن هلاك العين يحول دون نشوء الالتزام لانعدام المحل ولا يكون للعقد أثر ولو تحقق الشرط بعد ذلك ويجرى الأمر كما لو كان الطرفان لم يتعاقدا أصلاً على البيع ويكون هلاك الشئ عندئذ على مالكه البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

(2) V.J. M. Verdier, les droit éventuel, contribution á l'étude de la formation successive des droits, thèse Paris, 1955.

(3) G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, les obligations, t.II, vol. I, no.7. p. 763 - 764.

- **موقف القضاء الفرنسي قبل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠.**

ذهب القضاء الفرنسى فى البداية الى تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط واقف يرد على العقد كله[١] . وبعض الاحكام الحديثة قد لجأت الى هذا التحليل مرة أخرى[٢] - أحكام أخرى لمحكمة النقض قد قربت شرط الاحتفاظ بالملكية من الشرط الفاسخ[٣] دون أن تصل الى حد تشبيه نظامه القانونى بهذا الأخير[٤] .

ومع ذلك فإن هناك أحكاما عديدة لقضاة الموضوع إعتقدت أنه من الواجب تحليل هذا الشرط على أنه شرط فاسخ وذلك حتى يتسق مع السلطات التى يمارسها المشترى فى الواقع على البضائع المباعة والتى لم يتم دفع ثمنها بعد[٥] .

لكن حكم لمحكمة Colmar صدر فى ١٤ اكتوبر ١٩٧٧ فى قضية Mecarex، قد تم نقضه من الدائرة التجارية لمحكمة النقض فى ٢٩ نوفبمر ١٩٧٩ وقد قررت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف قد مسخت شرط الاحتفاظ بالملكية والذى كان ينص بطريقة واضحة ومحددة على أن نقل الملكية سيكون موقوفا حتى الوفاء بكامل الثمن[٦] .

(1) V. Req. 21 Juiilet 1897 D.

(2) V. Toulous 19 oct. 1960, D. 1962 p. 96 note Breau, Paris, 3 juil 1968, J.C.P. 69 II, 13820 note Guérin

(3) Cass. civ. 28 mars 1934 et 22 oct. 1934; D.P. 34.I. 15, note Vendamme; 3 mai 1935, S. 35. I.227.

(4) V° Req. 1er juill 1937, S. 37. I. 352; 26 oct. 1938, D.H. 39. P.84.

(5) V° Amiens, 10 Janv. 1974, D. 74. p. 363; Gaz. Pal. 74. I. 452, Rev. trim dr. com. 1975, p. 166, obs. J. Hemard.

(6) Bul. Civ. IV, no.300, p. 337, p. 166, obs. J. Hemard. obs. D. Von. Breitenstein, la clause de réserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendur, C.P.81 II. n.J. Ghestin.

فى مراحل التطـور الأخـيرة والسابقـة علـي صـدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ إتجه القضـاء إلي تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية علي أنه شرط واقف[١].

- شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف بعد صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠.

بالنسبة للنص ذاته الوارد فى القانون الجديد فانه يقصد صراحة شرط يوقف نقل الملكية حتى الوفـاء بكامـل الثمن. والشرط الذى جعله القانون الجديد نافذا فى حق جماعة الدائنين هو شرط واقف وليس شرطا فاسخا.

الأعمال التحضيرية للقانون تستبعد أى تردد فالمادة الأولى من المشروع التمهيدى المقدم من Dubanchet تحـدد أن المقـصـود هنا هو الشـرط الواقف[٢]. كما أن التقرير المقدم من Charles Millon أمام الجمعية الوطنية[٣] بعد أن أعلن الثلاث تحليلات المحتملة لم يقترح أى خيار لأى منهم. لكن نفس هذا المقرر عند المناقشة، فى ١٨ أبريل ١٩٨٠[٤]، حدد أن البيع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن تحليله على أنه بيع تحت شرط واقف وهو الوفاء بكامل الثمن. وبصفة خاصة ، أثناء نفس هذه المناقشة، قد قدمت الحكومة إقتراحا بتعديل ليصبح النص فى صورته الحالية.

---

(1) J. Ghestin, op.cit., p. 48.

(2) J. Ghestin, op.cit., p.48, V° également exposé des motifs de la proposition de la loi no. 407, annexe, P.V., séance 13 Juin 1978, P.7.

(3) Document no. 1492 annexe au P.V. Séance 17, 1979 cité par J. Ghestin op.cit., p. 48.

(4) J.O p. 568, 2 colonne.

وقد حدد Jean - Paul Mourot باسم الحكومة أنه من بين موضوعات هذا النص إعطاء تعريف لشرط الاحتفاظ بالملكية الذى لم يتحدد مضمونه، إلى هذا الوقت، بأى نص قانونى. هكذا نجد أن النص يقصد وقف نقل الملكية.

أخيرا أمام مجلس الشيوخ قد ركز ايضا مقرر لجنة التشريعات M. Rudloff على أهمية التعريف الذى تضمنه التعديل الحكومى، والذى يتفق مع ما تضمنه الحكم الصادر من الدائرة التجارية لمحكمة النقض فى ٢٠ نوفبمر ١٩٧٩ فى قضية Mecarex[١].

نخلص من كل ما تقدم أن فائدة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ قد إنحصرت فى طائفة الشروط التى توقف نقل الملكية مع إستبعاد الشروط الفاسخة فى حالة عدم الوفاء بالثمن. كما أن احكام هذا القانون تنطبق فقط على شروط الاحتفاظ بالملكية البسيطة.

ويترتب على هذا التكييف أن تبعة هلاك الشىء المبيع تظل على عاتق البائع لأنه مازال المالك لهذا الشىء. ولذلك يكون من الطبيعى أن مصلحة البائع تقتضى أن يكمل شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط صريح يخالف قاعدة هلاك الشىء على مالكه، والتى تعتبر من حسن حظه مجرد قاعدة مكملة[٢]. وهناك إتفاق على أن هذه القاعدة ترتكز على القصد المفترض للاطراف. وبناء على ذلك فان المنطق يقتضى أن يكون للاطراف الإفصاح عن إرادة مخالفة[٣].

طبقا للقانون الطبيعى وقواعد العدالة سيكون من المناسب ربط نقل التبعة، كما هو الشأن بالنسبة للحراسة[٤]، بالتسليم وليس بنقل الملكية، وهذا هو الحل

---

(1) V. Rapport Rudlof, annexe, no. 14 au P.V. Séance, 10 oct. 1979.
(2) cass. Req. 5 janv. 1906, D 1906. I. 262, H.L.J. Mazeaud, Leçons, op.cit. II, 6e éd, F. Chabas, 1er vol. no.1114 et 1122.
(3) Y. Loussouarn, cours précité, p. 87 98 spéc. p. 94 - 95.
(4) V. Sur ce dernier point, Rapport Duguet, Gaz Pal. 14 Juin 1980 p.9. no. 6

المعتمد فى القانون الالمانى[١]. ومع ذلك فإن هذا الحل لا يتغلب على كل الصعاب، فمن المعروف، كما ذكر حكم حديث فى ٢٢ يناير ١٩٨٠ للدائرة التجارية لمحكمة النقض[٢]، أنه طبقا لنص المادة ١٠٠ من التقنين التجارى الفرنسى، أن البضائع التى تخرج من مخازن البائع ...، تنقل، إذا لم يوجد إتفاق مخالف، على مسئولية من يكون له ملكيتها. هذا الأمر ربما يحتاج إلى تعديل تشريعى مستقبل[٣].

على أية حال، فانه طبقا للوضع القائم فى القانون الوضعى الفرنسى حاليا أنه سيكون للبائعين فائدة كبيرة فى إشتراطهم، بالرغم من تأخر نقل الملكية بأن تقع تبعة هلاك الشيء المبيع فى الحال، أو على الأكثر منذ التسليم، على عاتق المشترين[٤]. وهذا ما نص عليه قانون التجارة المصرى الجديد فى مادته ١٠٦/١ بقوله «ويتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسلمه إليه» مع ملاحظة أن تبعة الهلاك فى الشرط الواقف فى القانون المدنى «على المالك سواء كان الهلاك قبل تسليم أو بعده استثناءً من الأثر الرجعى للشرط (م ٢٧٠/٢ مدنى مصرى) وهذا ماسنراه فى الفقرة التالية.

فى القانون المصري، نجد أن المادة ٤٣٠/١ صريحة فى النص على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع، ومع ذلك نجد أن الفقه[٥] قد وضع هذه المشكلة فى نطاق الشـــرط الواقــف والشرط الفاســخ مــعا. بمعنى أن ملكـية المبيع تنتقل فى هـذه الحالة معلقة على

(1) V. D. Von Breitenstein, précité, p. 46, no.3, V. Loussouarn, précité.

(2) Gaz Pal..24 Juin 1980 Panorama.

(3) Vo. J. Ghestin, op.cit., p. 49.

(4) J. Ghestin , op.cit., no. 22 p. 49

(٥) انظر السنهورى، الوسيط جـ٤، المجلد الأول، فقرة ٩٢ ص ١٧٣.

شرط واقف الى المشترى ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ.

ويلاحظ على هذا التكيف عدة ملاحظات: **أولا**، ما المقصود بالملكية الموقوفة وماهى السلطات التى تعطيها للمشترى **ثانيا**، كيف يتصور أن يكون المشترى مالكا، ولو كانت ملكية معلقة على شرط واقف، رغم صراحة النص فى أن نقل الملكية ذاته موقوف على استيفاء الثمن. **ثالثا**: كيف تبقى الملكية لبائع معلقة على شرط فاسخ بالرغم من أن المشرع لم يصرح بذلك، كما أن إرادة الأطراف لم تفصح عن ذلك. **رابعا**: فى الواقع والحقيقة أن كلا من البائع والمشترى ليس لديهما معا من الخصائص اكثر مما هو لدى المالك العادى، فهما معا المالك والمركز القانونى للأول قد إنتقص بما آل للثانى من سلطات. وعلى ذلك فإن القول بفكرة ازدواج حق الملكية على نفس الشىء ليس له اى سند فى الواقع أو فى القانون. **خامساً**: كما أنه طبقاً لهذا التكييف سيصعب تحديد من الذى يتحمل تبعة الهلاك فى حالة إذا ما هلك الشئ بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط طبقاً لنص (المادة ٢/٢٧٠ مدنى مصرى)

٢- شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط والأجل

الفائدة العملية للتفرقة بين الشرط والأجل تكمن بطبيعة الحال فى الأثر الرجعى للشرط. فاذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا واقفا فإنه بمجرد دفع ثمن البضائع كاملا فإن المشترى يعتبر مالكا لهذه البضائع من وقت إبرام العقد. على العكس من ذلك إذا نظر إلى شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه أجل واقف فلن حلول هذا الأجل يؤدى الى نقل الملكية دون أثر رجعى.

هذه الأهمية يمكن الحد منها نتيجة للإمكانية المتاحة للاطراف بالنص

على أن لا يكون للشرط أثر رجعى (١/٢٧٠ مدنى مصرى)[1]. والعكس بالعكس إذ يستطيع الأطراف إعطاء أثر رجعى للوفاء بالثمن أيا كان التكييف الذى تم إعطاؤه لهذه الواقعة.

لكن كل هذا يفترض أن الاطراف واجهوا الأمر عند إبرام العقد بينما نحن رأينا أن المعلقين على القانون الجديد فى فرنسا لم يأخذوا فى إعتبارهم إلا فرضا وحيدا وهو الفرض المتعلق بالشرط دون الأجل.

علاوة على ذلك، أن هذا الرجعية تهم فى المقام الأول الغير، بصفة خاصة الذين تقرر لهم حقوق على البضاعة المباعة من جانب المشترى قبل الوفاء بكامل الثمن وذلك بقصد تحديد حسن نيتهم. فمن المهم إذن معرفة ما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يهدف الى افادة البائع من الأحكام فى قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، وخاصة وأنه اصبح من الشروط المألوفة، قد أدخل آجلا أم شرطا

نقطة البداية الصحيحة تبدأ من نصوص القانون الجديد. فقد نص القانون على أن شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن.

la caluse suspend "le transfert de propriété Jusqu' au paiement intégrale du prix"

وقد أفصحت الأعمال التحضيرية أن الأمر يتعلق بشرط وليس بأجل[2].

---

(1) Cf. cass. civ. 21 juillet 1958, J.C.P. 58 II. 10843, V. Loussouarn, op.cit., p. 101

(2) V. Millon, Rapport, Document no. 1492 p. 5 Ass. Nat. 2e séance du 18 Avril 1980, J.O. p. 568.2e col.Rudloff, Document no.14, sénat, annexe au P.V de la séance du 10 oct. 1979, p. 14- Proposition Dubanchet, exposé des motifs, p.4, 5,6 et 8.

لكن ليس من المؤكد أن البرلمانيين كان لديهم إدراك بالمعنى الفنى لكلمة شرط فالتعبيرات التى إستخدموها عادة لتصف واقعيا شرط الاحتفاظ بالملكية توحى بالاعتقاد بأنه يقصدون الشرط فى الوقت الذى ينصرف تفكيرهم فيه الى أجل[١]. فبالنسبة لهم، البائع يشترط أن تبقى له الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن "jusqu'au paiement intégral du prix"[٢] وأن الملكية لا تنتقل الى المشترى إلا عندما يدفع هذا الأخير كامل الثمن[٣].

فإذا كنا بصدد شرط فإنه يجب أن تكون الصيغة على النحو التالى، الملكية لا تنتقل إلا إذا دفع المشترى الثمن[٤].

كما ينبغى أن نأخذ فى الإعتبار أيضا أن واضعى القانون الجديد قد قصدوا صراحة الأخذ بتعريف الشرط الوارد فى حكمMecarex[٥] حقا إن قضاة الاستئناف قد اعتبروا الشرط محل النزاع ليس شرطا واقفا وإنما شرط فاسخا. لكن الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذه المقابلة بين نوعى الشرط وإقتصرت على تقرير أن الشرط قد نص بطريقة واضحة ومحددة على أن نقل الملكية.. سيكون موقوفا حتى الوفاء بكامل الثمن. فيمكن أن نجد دائما أن الفكرة الأساسية هى أن نقل الملكية قد تأخر بسبب الشرط حتى الوفاء بكامل الثمن.

القضاء الفرنسى السابق على قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ كان يتردد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ على النحو السابق بيانه ولكن دون أن يعرض للخيار

---

(1) J.Ghestin, op.cit., no. 24 p.50.

(2) Rapport Millon, précité, p.3.

(3) Ibid, p.4.

(4) V. également Millon, Ass. Nat 2e séance su 18 avril 1980, J.o. p.568.

(5) Vo. en ce sens, Rudloff, sénat, séance du 29 avril 1980, J.O. P. 1625.

بين الشرط والأجل ومايواجهه ذلك من صعوبات. على العكس من ذلك نجد أن القضاء البلجيكى قد أخذ بوضوح بفكرة الأجل الواقف ولم يأخذ بفكرة الشرط الواقف[١].

لكن فى النهاية نجد أن الاختيار بين الشرط والأجل يجب أن يتم إبتداء من تحليل أساسى لكل من الفكرتين:

– فإذا أخذنا بفكرة الشرط بالمعنى الفنى الدقيق فإننا سنصادف اعتراضات جوهرية:

أولا: إن الشرط الواقف بحسب تعريفة وصف إرادى يلحق الالتزام يتوقف على تحققه وجود الالتزام ذاته. ومن المشكوك فيه تماما، فى القانون الوضعى الفرنسى فى الوقت الحاضر، أن يحلل نقل الملكية على أنه إلتزام لأن ذلك يفترض فى الواقع، إمكانية عدم التنفيذ الذى يستوجب الجزاء، بالرغم من أنه تنفيذه يبقى ممكنا، بينما طبقا للقانون المدنى الفرنسى يعتبر نقل الملكية أثرا قانونيا محضا لعقد البيع، وهذا الأثر يتم بطريقة آلية[٢].

ثانيا: كما أنه من المشكوك فيه تماما أن يصاغ الالتزام الرئيسى للمشترى بدفع الثمن فى شكل شرط بالمعنى الفنى لهذه الكلمة.

فالشرط بالمعنى الفنى الدقيق يعتبر واقعة خارجة عن إرادة الأطراف بينما تنفيذ العقد، بصفة خاصة دفع الثمن، يتوقف على إرادة المشترى فى حالة التنفيذ الاختيارى وإرادة البائع فى حالة التنفيذ الجبرى، وفى كل الأحوال يتوقف على إرادة الطرفين[٣].

---

(1) J. Ghestin, op.cit., no. 25, p. 51, 52.

(2) Ch. Atias, le transfert conventionnel de propriété immobilière, th. Poitiers, 1974 dacty, no. 47 citée par J. Ghestin, op.cit., p.52 note 59.

(3) J. Ghestin, op.cit., no. 26, p.52.

حينما ناقش فقهاء القرن ١٩ صحة شروط الاحتفاظ بالملكية قرروا أن الصفة المباشرة لنقل الملكية ليست من جوهر عقد البيع لكن تعتبر فقط من طبيعته. وقد استخلصوا من ذلك دون أن تردد، أن إتفاق الاطراف يمكن أن يؤخر هذا الانتقال. لكن النقاش لم يرد إلا على الصفة المباشرة لنقل الملكية. هذه الصفة باعتبارها هدف نهائى وضرورى للعملية القانونية لم تكن محلا لأى نقاش. فالأمر لا يتعلق إلا بمجرد تأخير، أو بمعنى آخر بأجل[١]. وعلى ذلك فإن جعل نقل الملكية مجرد نتيجة محتملة للبيع يبدو من الصعب إتفاقه مع فكرة عقد البيع[٢].

على ذلك فإن دفع الثمن من جانب المتصرف اليه لا يمكن أن يصاغ فى شرط لأنه لا يعتبر أمرا غير محقق الوقوع وإنما أثر ملزم للعقد، وبالتالى لا يعتبر مستقلا عن إرادة الأطراف ولا عن الرابطة العقدية التى تربطهم[٣].

وعلى ذلك فإن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس له من وظيفة إلا الربط التام بين نقل الملكية ودفع كامل الثمن، يجعل نقل الملكية، تابعا لدفع الثمن وذلك طبقا لصياغة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠. فالدفع يكون شرطا للنقل، لكن كلمة شرط لم تستخدم هنا فى معناها الفنى. فهى لا تعنى هنا الأمر غير محقق الوقوع والخارج عن إرادة الأطراف، وإنما تعنى فقط أن لا يكون هناك نقل إلا إذا كان هناك دفع، كما تقول أن العقد لا يكون صحيحا إلا إذا تضمن تراضى ومحل وسبب[٤].

---

(1) Atias, précité, no. 48.

(2) Mme Juan, conseils pour la rédaction d'une clause de réserve de propriéte, D. 1981, chron 1, no.6.

(3) J. Ghestin, op.cit., no. 27 p. 54.

(4) J. Ghestin, op.cit., no. 27, p. 54.

يترتب إذن على شرط الاحتفاظ بالملكية أن يتأخر نقل الملكية، ونفس الشيء بالنسبة للثمن، نتيجة للاضافة الى أجل. فدفع الثمن فى الأجل يقابله نقل لحق الملكية فى نفس الأجل.

وعلى ضوء ذلك يمكن أن يكتفى بتحديد نفس المدة لدفع الثمن ولنقل الملكية. لكن يمكن الأخذ فى الاعتبار المدد الإضافية التى يمكن أن تمنح للمشترى لوفاء بالثمن، ومن جانب البائع سيكون الأمر أكثر سهولة وأكثر تأكيدا بأن يؤخر نقل الملكية حتى الوفاء الفعلى بالثمن فالأجل يكون، بدون شك، غير مؤكد ولكن لا يكون بحال من الأحوال شرطا، بالمعنى الفنى، لأن الدفع ونقل الملكية بالرغم من تأجيلهما فى الزمن إلا أنهما إلتزامان مؤكدان بالنسبة للأطراف[1].

وفى النهاية نجد أن من الخطأ تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط واقف إذ يتعلق الأمر، فى الواقع، بمجرد أجل يترتب عليه، وفقا للصيغة المستعملة فى الغالب من جانب القضاء والعمل، وقف نقل الملكية حتى دفع كامل الثمن. هذا هو الإتجاه السائد فى الوقت الحاضر[2].

- الموقف في القانون المصري بعد صدور القانون التجاري الجديد في البيع المدني:

يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية شرط واقف بالنسبة للمشترى وشرط فاسخ بالنسبة للبائع وذلك وفقاً للفقه السائد، متأثر فى ذلك باتجاه تقليدى فى الفقة الإلمانى، وقد أجرى على شرط الاحتفاظ بالملكية أحكام الشرط الواقف، بمعنى أن ملكية المبيع تنتقل فى هذه الحالة معلقة على شرط واقف إلى

(1) J. Ghestin, op.cit., no. 27, p.54.

(2) Pédamon, op.cit., p761 note 32, Ph Malaurie L. Aynès op.cit., no. 755 p. 242.

المشترى ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وقد رأينا مدى الصعوبات فى تطبيق هذه الفكرة فى الواقع العملى والانتقادات التى وجهناها اليها.

ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك ستبقى على المالك (البائع) سواء كان هلاك الشئ قبل التسليم أو بعده استثناءً من الأثر الرجعى للشرط طبقاً لنص المادة ٢/٢٧٠ مدنى.

وسيكون للمشترى التصرف فى هذه الملكية الموقوفة، ولكن سيكون تصرفه أيضاً معلقا على شرط واقف، وإذا كان المبيع منقولاً – كما هو الغالب، وتصرف فيه المشترى تصرفاً باتاً لمشترى حسن النية لا يعلم أن ملكية المشترى معلقة على شرط واقف، فإن المشترى من المشترى يتملكه تملكاً باتاً بموجب الحيازة، كما أن المشرع المدنى لم يحدد إجراءات شهر وعلانية لشرط الاحتفاظ بالملكية وبصفة خاصة فى بيع المنقول، وبالتالى فإن هذا الشرط لايكون نافذاً على الغير ولا يعتد به عند التنفيذ على المبيع من قبل الدائنين.

وقد رأينا أن هذا التفسير يتسم بالتبسيط المخل ولا يتفق وقصد المشرع كما تنبئ عنه عبارة نص المادة ١/٤٣٠ مدنى ذاتها، ومما ورد فى مجموعة الأعمال التحضيرية كما سبق أن بينا ذلك.

كما أن هذا التفسير يجرد شرط الاحتفاظ بالملكية من كل قيمة، وبالتالى ينعدم الضمان الذى يسعى إليه البائع من وراء تضمينه عقد البيع مثل هذا الشرط، مما يخالف قصد المتعاقدين . واعطاء المشترى سلطة التصرف فى الشئ المبيع، حتى ولوكانت التصرفات موصوفة بنفس الوصف، يؤدى إلى تعقيد للأمور لا مبرر له، وخاصة وأن حق المشترى لايعدو أن يكون حقاً غير مؤكدة حقا احتماليا أو شرطياً.

في البيع التجاري؛

بعد تنظيم القانون التجارى الجديد لشرط الاحتفاظ بالملكية فى المادة ١٠٦، ١٠٧ قد تجنب كل العيوب السابق الاشارة اليها.

- فالمشرع التجارى قد جعل شرط الاحتفاظ بالملكية - تأثراً بالفقة الفرنسى الحديث - أجلاً واقفاً لنقل الملكية، وبالتالى يكون قد إستبعد فكرة الأثر الرجعى لهذا الشرط.

كما أن المشرع التجارى ربط تبعة الهلاك بالتسليم بأن جعل المشترى يتحمل تبعة هلاك المبيع من وقت تسلمه إليه (م ١٠٦/١) وهذا ما يحبذه بعض الفقهاء فى فرنسا. كما أن ذلك لايصطدم مع القواعد العامة فى القانون المصرى والتى تجعل تبعة هلاك التى فى العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية على المدين بالتسليم.

كما أن المشرع التجارى نظم وسيلة شهر شرط الاحتفاظ بالملكية حتى يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الغير. فاشترط لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير أن يكون هذا الشرط مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع (م ١٠٦/٢). فاذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على هذا النحو قبل الحكم بشهر الافلاس فإن البائع يستطيع أن يسترد البضائع طبقاً لنص المادة ٦٢٦ تجارى جديد بشرط أن تكون فى حالتها العينية أى توجد عيناً (م ٦٢٧، ٦٢٩ تجارى جديد).

وتعزيزاً لملكية البائع للمبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وتملك المشترى لهذا المبيع بأداء القسط الأخير، حظر على المشترى التصرف فى المبيع إلا بعد حصوله على إذن مكتوب من البائع، واذا خالف المشترى هذا الحظر فإن تصرفه لا يكون نافذاً فى حق البائع إذا ثبت علم المتصرف إليه وقت اجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله، كما أن المشرع أعطى للبائع فى هذه

الحالة حق مطالبة المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً، أى أن مخالفة الحظر تؤدى إلى سقوط الآجال.

علاوة على ما تقدم فإن مخالفة المشترى لهذا الحظر تعرضه لجزاء جنائى يتمثل فى عقوبة الحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين، وتسرى المادة ١٨٠ مكرر (أ) من قانون الاجراءات الجنائية بأن تأمر النيابة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

٣- مركز المشتري قبل الوفاء بكامل الثمن

رأينا أن الإتجاه السائد فى فرنسا بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه ينبغى تحليله، من حيث المبدأ، كأجل واقف يؤدى الى تأجيل نقل الملكية.

يترتب على ذلك أنه طالما أن الثمن المتفق عليه لم يدفع فان المشترى لا يعتبر مالكا، ولا حتى حائزا للبضاعة المباعة ولكن حيث أن هذه البضاعة قد تم تسليمها فانه يعتبر مجرد واضع لليد(١).

إذن الصعوبة التى يمكن تصادفنا هنا تتمثل فى تحديد السلطات التى يمكن أن يمارسها المشترى على البضاعة المباعة، والنتائج المترتبة على ممارسة هذه السلطات. فمركز المشترى فى هذه الحالة له طابع خاص تماما.

بطبيعة الحال وضع اليد على المال ينشأ إما عن مركز واقعى تماما، بحيث لا توجد أية رابطة عقدية تربط بين واضع اليد والمالك، وإما عن مركز قد تم تنظيمه تماما عن طريق عقد من العقود، كما هو الحال بالنسة للوديعة أو الإيجار أو العارية.

---

(1) J. Ghestin, rapport de synthèse, in actualite de droit de l'entreprise, t.12, p.291, no. 20.

خصوصية مركز المشترى قبل الوفاء بالثمن تنشأ من أن هناك عقد يربط بينه وبين المالك، بائعه، ولكن هذا الاتفاق فى الحدود التى يعتبر فيها مجرد عقد بيع فقط، لا ينظم مسألة سلطات المشترى قبل أن يصبح مالكا عن طريق الوفاء بكامل الثمن. بطبيعة الحال هذه السلطات تنشأ عن حق الملكية الذى يتكفل عقد البيع بنقله. لكن فى حالة عدم تحقق هذا الانتقال للملكية فإننا نكون بصدد نوع من الفراغ القانونى الذى لا يخلو من ترك إنطباع بالقلق[1].

ويتزايد هذا الفراغ عندما نلاحظ أن المشترى لا يستطيع، من الناحية القانونية، أن يمارس على البضاعة أى سلطة مباشرة، لكن الحيازة المادية لهذه البضاعة تسمح له، فى الواقع، بأن يستعملها. ولو أخذنا بما ورد فى حكم محكمة استئناف الصادر فى ١٠ يناير ١٩٧٤[2]، فإنه يكون له الحرية الكاملة فى إستعمالها. كما يمكن أن نجد تعبيرات مماثلة لدى بعض الفقهاء. كان يحوز لحساب الغير[3] حائز مرتبط بالتزامات تعاقدية[4] أو حائز عرضى[5] او حتى مودع لديه[6].

(1) J. Ghestin, synthèse précitée, no. 20, p. 291.

(2) D, 1974 363 cet arrêt qualifiait la clause de réserve de propriété de clause résolutoire.

(3) Du Pontavic, intérêt et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980, Banque nov. 1980, p. 1221.

(4) Lemontey, Gaz Pal. 1981, 6-7 fév.

(5) Acquaviva et Barat, la clause de reserve de propriété en droit des affaires, l'actualité fiduciaire , oct., 1980, no. 35.

(6) Garcin et Thieffry , la clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en France ou le sera t-elle bien tôt, 2 Gaz, Pal. 1980, 1.193.

وقد لاحظ بعض الفقهاء أن الحيازة العرضية تعد نوعا من التفسير دون أن تقدم أى تطوير، كما أن هذه الحيازة تتضمن فى الواقع التزاما بالرد[١]. وكل ذلك يعتبر اجنبيا تماما عن الحالة النفسية للمتصرف اليه[٢].

وعلى ضوء هذه الظروف لنا أن نتصور اهتمام الخبراء والذى إنعكس بوضوح على صياغة المشروعات المتعددة لهذا الشرط، بتحديد حقوق والتزامات المشترى على البضاعة المسلمة والتى لم يدفع ثمنها بعد.

وقبل أن نعرض لهذه الترتيبات التعاقدية بشرط الاحتفاظ بالملكية، فإنه من المناسب أن نذكر باختصار السلطات التى يتمتع بها المشترى، فى الواقع، على البضاعة، والنتائج المترتبة على ذلك.

من الناحية النظرية المشترى لا يستطيع فعل أى شيء بالنسبة للبضائع المباعة قبل أن يدفع ثمنها. لكن مخالفة هذا الالتزام لا يرتب أى جزاء إلا على نطاق القانونى المدنى. هذا الجزاء يتمثل فى دفع مبلغ من التعويض. فعالية هذا الجزاء ستكون نسبية للغاية خاصة إذا ما كان المشترى غير موسر. على نطاق الجزاء الجنائى، فإن عقد البيع لا يعتبر من بين عقود الامانة، وبالتالى لا تتوافر جريمة خيانة الأمانة.

من الناحية العملية سيكون من الصعب جدا، ومن غير الملائم، أن نمنع المشترى من إستعمال البضائع المسلمة، وخاصة إذا تعلق الأمر بأدوات التجهيز. كما أن التسليم سيصبح عديم الفائدة بالنسبة للمشترى. لكن هذا الاستعمال يمكن أن يؤدى الى إستهلاك هذه المواد مما يثير العديد من المشاكل الدقيقة والحساسة فى حالة الاسترداد الناشيء عن عدم الوفاء

---

(1) Cornu, Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens, 1980, 1e éd no. 1189 1195.

(2) M. Pédamon, op.cit., p. 62.

بالثمن. حل هذه المشاكل يمكن ألا يكون له إلا فائدة نظرية إذا لم يكن المشترى فى حالة يسار[1].

هذا الاستعمال للبضائع يمكن أن يصل الى حد إندماجها، سواء فى المخزون الذى لدى المشترى، أو فى عقار أو فى منقول آخر، أو قد يصل الى حد تحويلها. هذا يطرح التساؤل الخاص بكيفية التحقق من نوع البضاعة.

يكفى أن نذكر هنا التعديل الذى قدمه أمام مجلس الشيوخ وكان الهدف منه مد الاستفادة من قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الى الشروط التى تسمح بالاحتفاظ الملكية فى حالة تحويل البضائع المباعة. ولكن هذا التعديل قد تم سحبه بناء على رأى لجنة التشريعات، والتى حددت أن المشروع ينبغى أن ينطبق فقط على الشروط البسيطة للاحتفاظ بالملكية[2].

وإذا نحن رجعنا إلى مجموع الأعمال التحضيرية، فإننا نستطيع أن نسجل أنه من خلال بعض التصريحات أن هذه المسألة قد تم تركها خارج نطاق القانون الجديد[3]، ومن خلال التصريحات أخرى أن هذه القانون قد إستبعد حتما البضائع المحولة من مطالبة البائع[4].

فى الواقع أن هذين التحليلين يتلاقيان، فالمادة ٢/١٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ (٦٥ من قانون ١٩٦٧) تشترط حتى قبل قانون ١٢ مايو

(1) J. Ghestin, synthèse précité, no.20 et s p. 290 et s
(2) Sénat, Débat, 11 déc., 1979, J.O. p. 5326.
(3) Rapport Rudloff, Sénat, Doc. no. 14 annexe P.V. Séance 10 oct. 1979, pp. 15-16 Rapport Millon, Ass. Nat Annexe no. 1492 au P.V. Séance du 17 déc. 1979, p.10.
(4) Rapport Millon, precité, p. 9, Daillet, Ass Nat 2e séance du 18 avril, 1980 J.O. p. 5689 2e col, Mourat Ibid, p. 570, 2e col.

١٩٨٠، أن توجد البضائع فى حالتها العينية، وطبقا للقضاء الذى تطور بصدد البضائع المودعة، أن هذه البضائع لا توجد فى حالتها العينية على الاطلاق عندما يتم تحويلها[١].

ومع ذلك حاول البعض أن يستند الى نص المادة ٥٧٠ مدنى فرنسى والخاص بحق الالتصاق فى الاشياء المنقولة والتى تقضى بأن للمالك الحق فى المطالبة بالشىء الذى تم صنعه من مواد تخصه بشرط أن يدفع مقابل اجر اليد العاملة، للقول بأن البائع مازال مالكا للبضائع التى تم تحويلها[٢].

وبالرغم من مهارة هذه الحجة إلا أنه لا يمكن الأخذ بها لعدة إعتبارات:

أولا: الكل متفق على عدم إعطاء المادة ٥٦٥ ومابعدها من التقنين المدنى الفرنسى إلا نطاقا محدودا للغاية، فالمادة ٥٦٥ نفسها تنص على أن حق الالتصاق عندما يكون محله شيئين منقولين لمالكين مختلفين فان الأمر يخضع كلية لقواعد العدالة الطبيعية وأن القواعد التالية ستستخدم كأمثلة يسترشد بها القاضى فى الحالات غير المنصوص عليها طبقا للظروف الخاصة بها[٣].

ثانيا: هذه الحلول التى تمليها قواعد العدالة المقترحة على سبيل المثال لايمكن أن ترجح على إشتراط الوجود العينى للبضائع المباعة الذى استقر عليه القضاء بصفة نهائية. ثالثا. أن المادة ١٢١/٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ (٦٥ من قانون ١٩٦٧) تنظم حالة خاصة للمطالبة فى مواجهة الغير

---

(١) انظر في ذلك J. Ghestin, synthèse, op.cit., no. 23 , p. 292

(٢) انظر في ذلك J. Ghestin, synthèse, Loc. cit.

(3) V. Marty et Raynaud, les biens, o. 411, A. Weill, Les beins no. 73, G. Goubeaux, la règle de l'accessoire, en droit privé, thèse Nancey 1969, L.G.D.J. préface, D. Tallon, no. 230, et no. 333.

وأن الشروط الخاصة لهذه المطالبة لا يمكن أن تستبعد بالإحالة الى نصوص ذات نطاق أكثر عمومية وذلك طبقا لمبدأ التفسير المتعارف عليه، وهو أن الخاص يخصص العام. رابعا، أن شرط الوجود فى الحالة العينية يقصد به تنظيم مسألة سابقة على التعيين الذاتى للبضاعة، والتى تعتمد عليها بالضرورة كل مطالبة، بينما أن المادة ٥٧٠ مدنى فرنسى تفترض أن المسألة قد تم حسمها، أى قد حدث الالتصاق بالفعل، ولذلك يقتصر دورها على فض التنازع بين مصالح كل من المالك ومن قام بالتحويل طبقا لقواعد العدالة.

فى الواقع، يستطيع المشترى الذى لم يدفع ثمن البضاعة والذى لم يعد مالكا بعد، أن يبيعها الى شخص آخر، فإذا كان المتصرف اليه حسن النية، أى لا يعلم بعدم ملكية البائع، أى المشترى الأول للبضائع المباعة فإنه يستطيع أن يدفع مطالبة المالك، البائع الأول، بقاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية (طبقا لنص المادة ٢٢٦٩ مدنى فرنسى، والمادة ١/٩٧٦ مدنى مصرى).

وقد لوحظ أن حسن نية المتصرف اليه يمكن أن يكون محلا للمنازعة نتيجة لتعدد شروط الاحتفاظ بالملكية وإنتشارها وبالتالى تطبيق قانون ١٢ مايو ١٩٨٠[1]. لكن طبقا لنص المادة ٢٢٦٨ مدنى فرنسى والمادة ٣/٩٧٦ مدنى مصرى أن حسن النية مفترض دائما وعلى من يدعى سوء النية أن يقيم الدليل على ذلك. ولذلك يقع على عاتق البائع عبء إثبات أن المتصرف اليه يعلم بالفعل بشرط الاحتفاظ بالملكية.

بالإضافة الى ذلك ينبغى أن نأخذ فى الإعتبار ايضا حكم المادة ١٥٩٩

(1) Vo. Rapport Duguet, conférence générale des présidents e members de tribunaux de commerce, Gaz Pal. 14 Juin, 1980, p.9.

مدنى فرنسى والمادة ٤٦٦ مدنى مصرى والذى يعتبر أن بيع ملك الغير قابلا للابطال. والابطال مقرر هنا لمصلحة المتصرف اليه فهو وحده الذى يستطيع أن يتمسك به[(١)]. هذا الابطال لا محل له إذا أصبح المشترى مالكا للشىء المبيع. لذلك يكفى أن يقوم المشترى بالوفاء بكامل الثمن للبائع حتى يصبح بيع المشترى للمتصرف اليه صحيحا ولايمكن الطعن عليه[(٢)].

ولمواجهة الصعوبات التى تتعلق بمركز المشترى قبل الوفاء بالثمن فى بيع متضمن شرط الاحتفاظ بالملكية، قد إقترح العديد من الاتحادات المهنية ترتيبات تعاقدية متنوعة لحقوق والتزامات، المشترى فى هذه المرحلة.

فيوجد فى الغالب إشتراط بمقتضاه أن المشترى يحوز البضاعة قبل الوفاء بكامل الثمن طبقا لعقد وديعة بينه وبين البائع. هذا الإشتراط يحقق العديد من المزايا للبائع، منها أن تصرف المشترى فى البضاعة يعرضه لجريمة خيانة الأمانة. لكن ليس من المقطوع به أن بسط الحماية الجنائية فى العلاقات التجارية يعتبر أمرا مستحبا. فالجزاء الجنائى، إذا تم تطبيقه بالفعل، يمكن أن يكون معطلا، وإذا لم يتم تطبيقه فإنه يمكن أن يعتبر إنتكاسة لقوة الزجر التى يتمتع بها القانون الجنائى.

علاوة على ذلك فإن هناك مخاطر عدم اعتراف المحاكم بهذا الاشتراط وهذا ما أدى الى وقف استعماله، وهذا الموقف مازال قائما تماما بالرغم من

---

(1) Cass.Civ. 4 mars 1891, D. 1891 I.313, Req. 15 Janv. 1934, D.H. 1934, 97, S. 1934, I.88. le même solution est admise en droit belge.

(2) cass. civ 1 er, 12 juill 1962 Gaz. pal. 1962. 2.260, Rev, rim. dr. civ. 1963, p. 113. no1 obs. G.Cornu, chr. Dupeyron, la régularisation des actes nuls, th. Toulouse, lL.G.D.J. 1973, préface P. Hebrand, n. 86. p63-64.

قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ . ليس معنى سماح القانون اليوم بالمطالبة بالبضائع المباعة كماكان يسمح من قبل بالنسبة للبضائع المودعة، أنه من الممكن تشبيه البضائع المباعة بالفعل. والى أن يتم دفع الثمن، بالبضائع المودعة. خاصة وأن الغاية من الوديعة هى غاية مؤقتة ، فالإلتزام بالرد إلتزام أساسى للمودع لديه، يوجد بالتأكيد صورة لعقد الوديعة على سبيل البيع- dépôt vente، لكن البضاعة يتم بيعها فى هذه الحالة لحساب المودع. هذا العقد الهجين الذى يتكون من عقد وديعة يسبق عقد البيع بين نفس المتعاقدين يتضمن نوعا من التناقض فى الغايات التعاقدية. هذا التناقض يزداد أثره فى الواقع فقبل دفع الثمن، البضائع المباعة ستخضع فى نفس الوقت لنظام البيع والوديعة. خاصة وأنه يمكن إعتبار البائع مسئولا منذ التسليم عن العيوب الخفية وكذلك عن الاضرار التى تسببها البضائع المباعة وذلك طبقا لأحكام مسئولية البائع المهنى. على ذلك فان تعاصر عقد البيع والوديعة على نفس البضائع لا يخلو من إثارة مشاكل دقيقة وحساسة[١] .

بالمثل يمكن أن نصادف نفس الصعوبات إذا تم تكملة شرط الاحتفاظ بالملكية بترخيص بالإستعمال، قريب من عارية الاستعمال، أو بترخيص بالتحويل او بالبيع. وفى هذا الفرض الأخير سبق أن رأينا أن البضائع إذا لم توجد فى حالتها العينية لا يمكن المطالبة بها[٢] .

بصفة عامة يبدو من الصعب السماح، فى كل الحالات بترتيبات عقدية تكون قابلة للاحتجاج بها فى مواجهة الغير. خاصة وأن قانون ١٢ مايو

---

(1) J.Ghestin, synthèse, no. 26 p. 293.

(2) J. Ghestin, Rapport de droit civil, op.cit., no.11

١٩٨٠ قد سمح فقط بالاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية البسيط فى مواجهة جماعة الدائنين ودون أن يذهب الى أبعد من ذلك. وعلى ذلك فان الترتيبات التعاقدية لشرط الاحتفاظ بالملكية لا ينبغى الاحتجاج بها فى مواجهة الغير إلا إذا كان على علم فعلى بها طبقا للمبادىء العامة التى تحكم الاحتجاج بالعقود.

ومن أجل ذلك تدخل المشرع فى فرنسا ليجيز للبائع استرداد البضائع حتى لو كانت قد دخلت فى تركيب ما بشرط الا يترتب على ذلك تلفها وذلك باضافة فقرة ثالثة إلى المادة ١٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ وذلك بقانون ١٠ يونيو ١٩٩٤.

ولا يمكن أن يكون الأمر على خلاف ذلك، إلا إذا كانت هذه الترتيبات التعاقدية لا تنشىء إلتزاما وإنما حقا عينيا حقيقيا. وقد سبق أن تردد القانون الوضعى فى السماح بتجزئة حق الملكية فى غير الحالات الواردة على سبيل الحصر. وهذا التحفظ قائم ايضا من باب أولى بالنسبة لانشاء تأمينات عينية جديدة[1].

الخلاصة

نحن نرى أن التفسير الصحيح لنص المادة ١/٤٣٠ مدنى مصرى يقترب الى حد كبير من التفسير الالمانى لنص المادة ٤٥٥ مدنى المانى وهو على خلاف ماهو مستقر عليه فى الفقه المصرى[2].

---

(١) انظر احمد سلامة، للتأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، الرهن الرسمى ١٩٧٠ فقرة ١١ ص٥١ حيث أنه يرى أن هذه التأمينات ليست واردة على سبيل الحصر، ولكن هناك تأمينات أخرى وردت فى مواضع اخرى، أنظر على سبيل المثال المادة ٨٩٥ مدنى مصرى وقاعدة الا تركة إلا بعد سداد الديون ص ٥٢، ٥٣.

(٢) انظر السنهورى الوسيط، ج٤ المجلد الأول فقرة ٩٢ ص ١٧٣.

وعلى ذلك فان شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر شرطا واقفا فقط لا يعطى للمشترى حقا للملكية موصوفا، بالملكية الموقوفة، وإنما بعض السلطات التى تتيحها السيطرة المادية والفعلية على الشىء المبيع على إثر تسليمه له. هذه السلطات يمكن إعتبارها مكونة لحق عينى ناشىء عن تجزئة حق الملكية. هذا الحق العينى لا يعطى لصاحبه إلا سلطة إستعمال الشىء المبيع بحالته فى نطاق الاستغلال العادى للمشترى[1]، ولا يعطى له سلطة التصرف فى هذا الشىء أو استغلاله.

هذا الحق فى الاستعمال يختلف عن حق الاستعمال كحق عينى تقليدى من حيث المضمون فهذا الحق لا يعطى لصاحبه سلطة مباشرة ونهائية ومؤكدة على الشىء المبيع وإنما سلطة قابلة للتأكيد والثبات كلما إقترب المشترى من الوفاء بكامل الثمن.

وبذلك تنسجم الحقيقة الاقتصادية مع القانون. كما أن هذا التكييف يأخذ فى الاعتبار الحالة النفسية للمشترى الذى يعتبر نفسه كمالك وليس مجرد واضع يد ملتزم بالرد[2].

كيف يتحقق الضمان نتيجة لشرط الاحتفاظ بالملكية؟

فى الواقع إن البيــع المتضــمن شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر بيعا ذا طبيعة خاصة. فهو يختلف بصفة أساسية عن البيع بالأجل بدون شرط الاحتفاظ بالملكية. ففى هذا الأخير نجد أن الأمر يقتصر على إضافة الالتزام بالدفع الى أجل. وهذا يعنى ثقة المورد فى المتصرف اليه حيث أن نــقل الملكية يتم فى الحال إستقلالا عن الوفاء بالثــمن لكــن البيع المتضــمن

(1) M. Pédamon, op. cit., p. 62.

(2) M. Pédamon, loc. cit.

شـــرط الاحتفاظ بالملكية لا يتضمن هـذه الثقة . أو على الأقل ليست نفس الثقة، حيث أن البائع يخضع الأثر الناقل للمكية لاحترام الآجال التى يتم فيها الوفاء بالثمن.

هذا الميكانيزم يؤدى الى تجزئة البيع الى عقد ينشىء التزامات ونقل للملكية يتم فى مرحلة لاحقة وعلى ذلك نجد أن الضمان يتمثل فى الفصل بين الجانب الملزم والجانب العينى للبيع.

يبقى أن نرى مدى الضمان الذى يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية ومدى انتقال الاستفادة بهذا الشرط باعتباره وسيلة للضمان هذا هو موضوع المطلب الثانى.

المطلب الثاني: مدي مايحققه شرط الاحتفاظ بالملكية من ضمان

فى هذا الصدد سنعرض لبساطة وفعالية هذا الشرط، ثم نعرض بعذ ذلك لمدى احتجاج الغير بشرط الاحتفاظ بالملكية.

أولا: بساطة وفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية

– تتأتى بساطة هذا الشرط فى أنه لا يستلزم أكثر من الاتفاق عليه بين بنود العقد.

ولذلك نجد أن هذا الشرط شائع فى بيع الالات الميكانيكية والدرجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والتلفزيونات والثلاجات والغسالات والالات الكاتبة وغير ذلك من المنقولات. هذا الشرط متصور ايضا فى بيع المحلات التجارية والأراضى والدور والفيلات.

وفى بيع المنقولات يمثل شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة للضمان متلائمة مع المحل الاساسى للعقد، وهو نقل الحيازة فإذا لم يقم المشترى بدفع الثمن

يستطيع البائع أن يطالب باسترداد الشيء المبيع بإعتباره مالكا له مما يجنبه مزاحمة باقى دائنى المشترى له[1].

ولكن قد ظل هذا الشرط عديم الأثر عندما يكون المدين فى حالة افلاس على أساس أن باقى الدائنين يأخذون فى اعتبارهم الوضع الظاهر وهو أن الشيء يدخل فى الضمان العام للمدين، خاصة وأن حيازة المدين للشيء المبيع تعزز هذا الوضع الظاهر.

فى فرنسا فى مرحلة لاحقة تدخل المشرع، على غرار القانون الالمانى، وأصدر قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، المسمى بقانون Dubanchet ليعدل نص المادة ٦٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ وليجعل شرط الاحتفاظ بالملكية، تحت شروط معينة، نافذا فى مواجهة باقى الدائنين فى حالة الافلاس[2]. ثم جاء بعد ذلك قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات وأخذ (م١٢١) بالاساس من نصوص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠[3]. وقد نص قانون ١٩٨٥ على أن البضائع[4] المباعة مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها فى حالة إفلاس المدين، لكن هذه المطالبة يمكن أن تتعطل نتيجة مدد الدفع المحددة

---

(1) Ph. Malaurie- L. Aynès,op.cit., no. 754, p. 240.

(٢) وفسر تعديل قانون ١٩٨٠ بامرين، الأول، رغبة المشرع الفرنسى فى السير فى هذا الصدد على غرار معظم جيرانه الأوروبيين، والثانى اقتصادى، وهو نقل عبء الإئتمان على عاتق المتصرف اليه وحثه على الوفاء فى اسرع وقت ممكن كما أنه قد قيد من اثار الافلاس بالنسبة للمتصرف اليه.

(٣) انظر فى انتفاذة

- Derrida, Gode et sortas, Redressement et liquidation judciaire les entreprises, 2e éd, supra note 21, no. 251.

(4) Ph. Malaurie, L. Aynès ,op.cit., note 24 no. 754, P. 240.

مــن جانب مأمور التفليسة، والتى تنتهى على أقصى تقدير مع إنتهاء مدة المراقبة[١].

بالنسبة للشكليات ووسائل الشهر والعلانية لشرط الاحتفاظ بالملكية فقد إختصرت إلى أقل قدر ممكن. فيكفى أن يكون الشرط مكتوبا، على أكثر تقدير وقت التسليم. والعلة من إشتراط الكتابة هى تجنب كل مناقشة أو غش[٢]، بالنسبة لباقى الدائنين الذى أصبح الشرط نافذا فى مواجهتهم. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو ما هى طبيعة هذه الكتابة.

فى هذا الصدد يوجد إتجاهان: إتجاه يذهب الى إشتراط أن يكون هناك وثيقة عقدية خاصة تنظم مبدأ وأوضاع شرط الاحتفاظ بالملكية. وفى رد الحكومة على سؤال مكتوب مقدم من أحد النواب، يتجه نحو نوع من الحرية من جانب البائع، حيث يكفى من حيث المبدأ، الشروط العامة .لكن هذا الرد يتجه بالنسبة للمشترى الى إشتراط قبول مكتوب للشرط، أو قبوله صراحة على الوثيقة المتضمنة هذا الشرط أو الاحالة الصريحة إلى الشروط العامة المتضمنة هذا الشرط[٣]. لكن من المهم أن نعرف مدى مطابقة ذلك لقصد المشرع أو بصفة عامة للمبادىء التى تحكم هذه المسألة.

لو نظرنا الى نص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ نفسه نجد أنه يشترط مجرد الكتابة، مما يسمح بفعالية الشروط العامة للبيع والتى تكون، بحسب تعريفها مكتوبة.

ومع ذلك ينبغى أن نأخذ فى الإعتبار أن القانون يشترط أن يكون الشرط

---

(1) F. Derrida, P. Gode, J.P. sortas, la lois du 25 Janv. 1985 III Les effets du jugement de redressement judiciaire à l'égard de l'entreprise, def. 1985, 33627, p. 1329, no.13 .

وانظر فى الشكلية المتطلبة فى القانون التجارى المصرى المادة ٢/١٠٦ تجارى جديد.

(2) J. Ghestin, synthése, no. 21 p. 285.

(3) J.O. 6 oct. 1980.

محل إتفاق. ولذلك نجد هنا أن الأمر يحتمل تفسيران: التفسير المتشدد يتطلب أن يرد الاتفاق بصفة خاصة على شرط الاحتفاظ بالملكية. التفسير الأقل تشددا يكتفى بأن يتضمن الاتفاق الشرط المكتوب، أى عقد البيع بمعنى آخر أن يكون مكتوبا وأن تكون هذه الكتابة فى وثيقة عقدية، فى طلب البضاعة فى خطاب التصديق، فى إذن التسليم أو فى الفاتورة والتى تكون عقد البيع وتحدد مضمونه. فى هذه الحالة قبول عقد البيع يعادل تماما قبول الشرط.

وهذا الرأى الأخير هو الذى يتفق أكثر والمبادىء العامة للقانون حيث أن هذه الكتابة ليست متطلبه لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية بدليل أن هذا الشرط كان يعتبر صحيحا قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠. كما أن هذه الكتابة ليست متطلبة إلا لحماية رضا المشترى، ولذلك يكفى قبول المشترى لعقد البيع، أياكان شكله حتى تتوافر الكتابة المتطلبة طبقا لنص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠. فالكتابة المتطلبة طبقا لهذا القانون يعتبر شرطا للاحتجاج بالشرط فى مواجهة جماعة الدائنين وذلك لتجنب الغش للاضرار بحقوق هؤلاء الدائنين لذلك يكفى التحقق من هذه الحماية أن يكون قبول الشرط مؤكدا وأن يتم قبل تسليم البضاعة[١].

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى إتجاه تبسيط هذه الشكلية القانونية وقررت على إثر العديد من أحكام قضاة الموضوع، أنه ليس من الضرورى أن يقبل المتصرف اليه صراحة هذا الشرط[٢]. فعدم الاعتراض من جانبه على هذا الشرط مع علمه التام به يعادل القبول أيا كانت الوثيقة (فاتورة، إذن تسليم) التى ظهر عليها هذا الشرط[٣].

---

(1) J. Ghestin, synthèse, no. 17 p. 289.

(2) com. 19 fév. 1985 société Iso, B IV. no. 68.

(3) com. II mai 1984 B. IV, no. 154 D. 85 I.R. I. 17e espece, note Derrida.

لكن ينبغى أن يظهر هذا الشرط فى الحقيقة[1] وأن يذكر قبل كل تسليم[2].

تتأتي فعالية هذا الشرط. من أنه يسمح للدائن بالمطالبة بالبضاعة فى حالة عدم الوفاء بالثمن فى ميعاد الاستحقاق. وعندما يكون المدين فى حالة إفلاس فان هذه المطالبة ينبغى أن تتم فعلا فى الثلاثة أشهر التى تبدأ من النطق بالحكم بفتح التفليسة (م ١١٥ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ فى فرنسا) لكن هذه المطالبة لا تتضمن مسبقا رفع دعوى الفسخ أو إثارة الشرط الفاسخ لأنه يترتب على فتح التفليسة تعطيلهما[3].

هذه المطالبة تفترض من حيث المبدأ، أن تكون البضاعة مازالت فى حالتها العينية[4]. لكن يخفف من هذه القاعدة السماح بالحلول العينى فى حالتين: الحالة الأولى، حالة إعادة البيع، حيث أن المطالبة ستنصب عندئذ على الثمن، بشرط إلا يكون قد تم دفعه نقدا، أو قيمة أو وقعت به المقاصة فيما بين المدين والمشترى (م١٢٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥)[5].

الحالة الثانية: حالة هلاك البضاعة، حيث أن المطالبة ستنصب على

---

(1) com. 19 fevr. 1985, B. IV NO. 67.

(2) com., 9 Janv. 1985 B. IV, no. 21 J.C. P. 85 IV, 43.

(3) com. 1er oct. 1985 SARL club 119, B. IV, no. 222 commenté sur ce point par A. Ghozi, Nautre juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, D. 1986, Chr. 317.

(4) L. 25 Janv. 1985, art 121 at 2, "Peuvent être revendiquées les marchandises si elle se retrouvent en nature" (V. égal L.13 Juilet, 1967, art 65).

(5) V. déjà L. 13 Juill 1967, art. 66.

مبلغ التأمين الذى حل محلها، عندما يكون الهلاك راجعا الى قوة قاهرة[١] وهذه القاعدة تستند ضمنا على المادة L. 121-13 C. ass.[٢].

ودعوى الاسترداد الخاصة بالبائع باعتباره مالكا لا تقبل التجزئة بطبيعتها فهى تمارس بالنسبة لكل البضاعة طالما أنه مازال دائنا بجزء من الثمن[٣]. هذا المبدأ يثير صعوبة فى حالة ما إذا تم حوالة جزئية لهذا الحق أو حوالة كلية له لعدة محال لهم[٤]. وهذا بالتحديد وجه الضعف فى هذه الوسيلة من وسائل الضمان. فمحل هذا الضمان حق الملكية الذى يرد على الشىء ذاته، ولذلك فهو لا يتجزأ. وذلك على العكس فى حالة الرهن الرسمى أو الحيازى، حيث أن الدائن يمارس حقه فى التقدم على المقابل النقدى للشىء المرهون مما يسمح بتطويع العبء لمبلغ الدين المضمون[٥].

ثانيا: مدي إنتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية علي سبيل الضمان

وضع المسألة:

قد يحتاج البائع أو المشترى الى الإئتمان، والسؤال الذى يطرح نفسه هل يستطيع أى منهما أن ينقل الى البنك على سبيل الضمان شرط الاحتفاظ بالملكية.

والوسائل الفنية المتاحة لتحقيق ذلك إما أن تكون حوالة للحق فى الثمن،

---

(1) com. 1er oct. 1985 préc. D. 86.246 note approb. M. carbillac

(٢) هذا التشبية مع الرهن الرسمى يعزز صفة الضمان لشرط الاحتفاظ بالملكية

3) com 15 mars 1988 Coudray, B. IV no. 106 1esp. D. 88.330 note F. Perochon .

(4) M. Cabrillac les accessoires de la créance Mélange Weill. 1983, pp. 107, et s.

(5) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 680, p. 212.

أو الحلول الاتفاقى، أو التنازل عن عقد البيع ذاته ولنر بشىء من التفصيل كيف يتحقق ذلك من الناحية العملية.

- **حوالة الحق في الثمن والحلول الاتفاقي**

قد يتم إنتقال الحق فى الثمن عن طريق حوالة مدنية أو عن طريق تظهير للكمبيالة، أو عن طريق حوالة مبسطة بتسليم قائمة ديلى أو عن طريق الحلول الاتفاقى. (انظر م ٣٢٧، ٣٢٨ مدنى مصرى).

فى كل هذه الوسائل لنقل الحق تظهر صعوبة عملية وهى معرفة ما إذا كان من الممكن الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان باعتباره من توابع الحق المحال به. سبب هذه الصعوبة يرجع الى أن القانون المدنى قد نص على هذه التوابع. فبالنسبة لحوالة الحق تنص المادة ٣٠٧ مدنى مصرى على أنه تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط (م١٦٩٢ مدنى فرنسى) وبالنسبة للحلول تنص المادة ٣٢٩ مدنى على أنه من حل قانونا أو إتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، ومايكفله من تأمينات.. (م١٢٥٠ مدنى فرنسى).

وفى هذا الصدد إنقسم الفقه. فمن الفقهاء من يرى بصدد الحلول الشخصى أن القانون الوضعى يسمح للموفى أن يحل محل الدائن فى دعوى الفسخ والشرط الفاسخ. ولذلك إنتهى هذا الرأى إلى أن الموفى يستفيد ايضا من شرط الاحتفاظ بالملكية(١). وقد أشار هؤلاء الفقهاء الى حكم محكمة القاهرة فى ٢٠ فبراير ١٩٣٥(٢).

---

(1) J. Mestre, la subrogation personnelle, thèse Aix, LG D.J. préface P. Kayser, P. 497 p. 548.

(2) Egypte, Judiciaire, II, P. 285 Rev trim dr. Civ 1935, P. 694,no. 4 obs. R. Demogue.

ويرى بعض الفقهاء أن تشبيه شرط الاحتفاظ بالملكية بالشرط الفاسخ يعتبر بعيدا عن الحقيقة، فاذا كان فسخ البيع يسمح بالمطالبة برد البضائع، كشرط الاحتفاظ بالملكية لكن رخصة طلب الفسخ تعتبر مركزا متميزا مرتبطا ارتباطا وثيقا بالتقابل بين حقوق والالتزامات الأطراف فى العقود الملزمة للجانبين هذا المركز باعتباره صفة ملاصقة لكل هذه الحقوق فانه يمكن أن ينظر اليه على أنه غير قابل للانفصال عنها مما يسمح بانتقاله نتيجة الحلول. بينما على العكس شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر عنصرا مضافا باتفاق الأطراف الى المركز المتميز الناشىء عن الطبيعة الملزمة للجانبيين للعقد[١].

أما بالنسبة للقضاء قبل ١٢ مايو ١٩٨٠ فانه قد أخضع شرط الاحتفاظ بالملكية لنظام الشرط الفاسخ[٢]. لكن قراءة الأحكام بامعان تدل بوضوح على أنه لم يقل بالتشابه بين الشرطين[٣].

لكن لنا أن نتساءل هل يتعلق الأمر بتأمين عينى، أى بحق عينى تبعى للدين المضمون مما يترتب عليه إنتقاله مع هذا الدين.

قد ذهب بعض الفقهاء الى أن استعمال الملكية على سبيل الضمان قد تم اقراره فى القانون الوضعى مما يسمح بتشبيهها بالتأمين العينى بالمعنى الفنى. وليدلل على ذلك قد استشهد فى هذا الصدد بمثال الإيجار الائتمانى. والذى تلعب الملكية فيه دور الضمان دون أدنى منازعة[٤] لكن قد انتقد الفقه هذا الاستشهاد[٥].

---

(1) J. Ghestin, Synthèse , no. 33 p. 297.

(2) J. Stoufflet, vente avec réserve de propriété, utilisation de la réserve de propriété pour La garnatie d'un crédit acheteur in actualité de droit de l'entreprise op.cit, p.173.

(3) J. Ghestin, Synthese , no. 33, p. 297.

(4) J. Stoufflet, Loc.cit.

(5) J. Ghestin, Loc. cit, no. 34, p. 298.

ومع ذلك يبقى هناك عقبة رئيسية وهى أنه لا يمكن إنشاء تأمينات جديدة غير الواردة على سبيل الحصر فى القانون. ولذلك يرى بعض الفقهاء أن إنتقال الاستفادة بشرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان الى الغير يعتبر فى القانون الوضعى محل شك[1]. كما أن هؤلاء الفقهاء اعترضوا على ماذهب اليه بعض الفقهاء من إعتبار أن الحلول أحسن وسيلة لهذا الانتقال[2].

من المؤكد أن الوفاء مع الحلول لا يؤدى الى انقضاء الدين ولا التأمينات الضامنة له ولكن على العكس من ذلك يؤدى الى إنتقالها الى الموفى. وفى الحدود التى يمكن أن يتم تشبيه شرط الاحتفاظ بالملكية بالتأمينات فإنه ينتقل هو الآخر مع الحق الى الموفى.

ومع ذلك ينبغى أن نأخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة لهذا الضمان. فنقل ملكية المنقول المعين بالذات يتم بقوة القانون ومن وقت التعاقد. ونتيجة لشرط الاحتفاظ بالملكية نجد أن هذا الانتقال قد تأخر الى أن يتم الوفاء بكامل الثمن. فإذا ما تم دفع هذا الثمن عن طريق البنك الى الدائن، فإنه سيكون هناك دفع للثمن مما يؤدى الى نقل الملكية فى صالح المشترى (وليس فى صالح البنك) وذلك طبقا لشرط الاحتفاظ بالملكية ذاته.

ولتخطى هذه العقبة يمكن صياغة شرط الاحتفاظ بالملكية على نحو لا يجعل نقل الملكية موقوفا على الوفاء بكامل الثمن من جانب المشترى نفسه. لكن إذا كان ذلك ممكن طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية إلا أننا نرى أن قانون ١٢

---

(1) J. Ghestin, loc.cit.

(2) Ch. Gavalada, les aspects bancaires de la clause de réserve de propriété et J. stoufflet , op.cit.

مايو ١٩٨٠ لا ينطبق إلا على شروط الاحتفاظ بالملكية البسيطة. فهل هذا الشرط بتلك الصياغة يعتبر شرطا بسيطا وبالتالى يمكن الاحتجاج به فى مواجهة جماعة الدائنين!

- التنازل عن عقد البيع.

التنازل عن العقد هو نقل المركز التعاقدى لأحد الأطراف بما يتضمنه هذا المركز من حقوق والتزامات[١].

وتوجد تطبيقات عديدة لهذا التنازل فى القانون الوضعى فى الوقت الحاضر[٢]. ومع ذلك فان النظام القانونى لهذا التنازل مازال غامضا ومحل خلاف[٣].

ويكفى أن نلحظ فى هذا الصدد أن التنازل عن البيع من جانب البائع الى أحد البنوك يتضمن بالضرورة نقل شرط الاحتفاظ بالملكية، لأن ماتم نقله ليس فقط الحق وتوابعه وإنما المركز التعاقدى فى جملته.

---

(1) P. Raynaud, les contrat ayant pour objet une obligation, cours D.E.A Paris, II. 1977 -78 p. 89 Ph. Malaurie, le cession de contrat, cours doctorat Paris, II, 1975 - 76.

(٢) انظر بحثنا في التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

(3) L. Aynés, la cession de contrat et les opérations á trois personnes, thése Paris, 1981, éd Economica, 1984, préf. Ph. Malaurie.

استقر الفقه فى الوقت الحاضر على أنه السماح بانتقال الاستفادة بشرط الاحتفاظ بالملكية الى الغير لا يستلزم بالضرورة إعتباره تأمينا عينيا بالمعنى الفنى الدقيق. وإنما يكفى للسماح له بذلك أن يعتبر كضمان تبعى على غرار دعوى الفسخ، بمعنى أنه وسيلة مخصصة أساسا لضمان الوفاء بالحق(١).

كما أن السماح بهذا الانتقال يستجيب لاعتبارات عملية، حيث أنه يسمح للبائع بتداول حقه وبصفة خاصة بنقلة الى المؤسسة المانحة للإئتمان. كما أن هذا الانتقال قد سمح به فى القوانين الاجنبية(٢) وتقره الغالبية العظمى من الفقهاء(٣).

بالنسبة للقضاء الفرنسى نجد أنه بعد العديد من أحكام قضاة الموضوع(٤) فإن محكمة النقض الفرنسية قد أكدت أن الملكية الموقوفة،

---

(1) M. Cabrillac, art. préc. no. 20 et s. F. Perochon, la réserve de propriété dans la vente de meubles corporels thése. Montpellier, 1987, Bibl. dr. entreprise, t. 12, préf.J.M. Mousseron.

(2) C. Witz, la fiducie, sûreté en droit français, in l'évolution du droit des sûretés, colloque Deanville, op.cit., p. 67075.

(3) M. Pédamon, op.cit., p. 63; B.Soinne, la transmission de la clasue de réserve de´propriété, Gaz. Pal. 85. I. 287; ch. Mouly, procédures collectives, assainir le régime des sûretés, Et. Roblot, L.G.D.J. 1984, p. 529-564, F. Perochon, thèse précitée no. 230 258.

(4) En Cas de subrogation, Aix, 15 mars 1985, D. 85. I.R. 255, no. 22 note approb. Derrida, Rev.jur. com. 85 -175 note approb. J. Mestre; Paris 28 nov. 1985, D. 86.I.R. 169, 9e esp. note Derrida; Paris 1er Juill 1986,D. 87. som. 452, note L. Aynès.

تابعة للدين، تنتقل معه فى حالة الحلول الشخصى[1]، هذا الحل عام ويجب تطبيقه على كل وسائل إنتقال الحق فى الثمن[2].

وفى النهاية نحن نرى أن نصوص التقنين المدنى المصرى تسمح بالأخذ بكل هذه الحلول بشرط توفير وسيلة شهر معينة. وهذا ما قام به المشرع التجارى فى المادة ٢/١٠٦ تجارى جديد.

المبحث الثاني

الإيجار الائتماني

Crédit - bail - leasing

تمهيد:

يعتبر الإيجار الائتمانى وسيلة تمويل حديثة نسبيا. فلم تعرف فى فرنسا إلا اعتبارا من عام ١٩٦٢ وقد ظهرت هذه الوسيلة من قبل فى الولايات المتحدة منذ عام ١٩٥٢ عندما كانت سوق رؤوس الأموال متوسطة الأجل محدودة وغير منتظمة[3].

والإيجار الائتمانى وإن كان يعتبر فى جوهره عملية تمويلية إلا أنه لا

(1) Com. 15 mars 1988; 1er arrêt Coudray précité, com. 15 mars 1988, 2e arrêt Cauzette - Rey, B. IV, no. 10, D. 88. 330, note F. Perochon.

(2) Ph. Malaurie , L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 755, p. 243.

(3) C. Cavalda et J. Stoufflet, Droit de la banque, P.U.F. 1er d 1974, no. 491 , p. 649.

يمكن إعتباره مجرد عملية إئتمان بسيطة. ولذلك نجد أن هذه العمليات تتم فى الغالب عن طريق البنوك والمؤسسات المالية[١].

هذا الإيجار قد يرد على عقار كما قد يرد على منقول ولكنه فى كلتا الحالتين يهدف إلي تحقيق أغراض متشابهة[٢]. الفارق الجوهرى بين كل من الائتمان الإيجارى العقارى والائتمان الإيجارى الوارد على منقول هو أن الأول يعتبر من قبيل الائتمان طويل الأجل (١٠-٢٥ سنة) والثانى يعتبر من قبيل الائتمان متوسط الأجل (٣-٨ سنوات) مع ما يترتب على ذلك من نتائج على نطاق تكلفة الإئتمان.

تعتبر التكلفة الاقتصادية لهذا الائتمان مرتفعة بصفة عامة. فالايجار الائتمانى الوارد على منقول تتراوح تكلفته مابين ١٥-١٨ ٪ وهذه التكلفة مرتفعة بصفة خاصة بالنسبة للعمليات الصغيرة مقارنة بالسعر الجارى للائتمان متوسط الأجل والقابل للخصم[٣]. وبالنسبة للايجار الائتمانى العقارى فان تكلفته مرتفعة جدا إذا أخذنا فى الإعتبار الطبيعة الخاصة لهذه العقود التى تؤدى فى نهاية الايجار إلي نقل الملكية الممولة للمستأجر نتيجة الخيار بالشراء الذى يتضمنه العقد. كما أن تكلفة هذا الائتمان فى إرتفاع مستمر نتيجة للضمانات المشترطة (الرهن الرسمى) وللمدة الطويلة، ولإستحالة التداول كما أن صعوبة تحويله الى ودائع سائلة أو شبه سائلة تزيد

---

(١) فى فرنسا نص قانون ٩ يوليو ١٩٦٦ والمكمل بالقرار رقم ٨٣٧ -٦٧ فى ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ على ان الذى يقوم بهذ العمليات البنوك والمؤسسات المالية.

(٢) أنظر المادة ٢ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر، والمادة الأولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

(3) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 491 bis, p. 652.

من هذه التكلفة كثيرا. ولذلك ليس بمستغرب أن الائتمان طويل الأجل سهل التداول أو التسييل مفضل أكثر فأكثر إذا أتيحت له السبل[١].

لكن فى مقابل ذلك هناك مزايا عديدة لهذه الوسيلة التمويلية وهى غالبا ماتكون مزايا ضريبية. فبالنسبة للايجار الائتمانى الوارد على منقول نجد أن الأجرة تظهر فى حسابات المؤسسة كمقابل للاستغلال وبالتالى تدخل فى بند المصاريف العامة التى تخصم من الارباح الخاضعة للضريبة. وبالنسبة للايجار الائتمانى العقارى نجد أن هناك مزايا ضريبية للشركات العقارية القائمة عليه كالاعفاء من الضريبة على الشركات، وخفض الرسوم العقارية فى نهاية العقد وغير ذلك[٢].

ونتيجة لنجاح هذه الوسيلة فى الحياة العملية فان قطاع المستفيدين منها قد إتسع نطاقه. ولذلك فانه يلجأ الى هذه الوسيل غالبا المؤسسات الصناعية والتجارية، وفى نطاق ضيق تلجأ اليها المؤسسات الزراعية أو الحرفية[٣]. بل وقد تلجأ الهيئات الحكومية إلي هذه الوسيلة[٤].

ولدراسة الإيجار الائتمانى سوف نقسم الدراسة الى مطلبين: المطلب الأول، نعرض فيه لفكرة الإيجار الائتمانى وجوهره، وفى المطلب الثانى ندرس مدى مايحققه من ضمان.

---

(1) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 496, p. 664.

(2) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 491, p. 651.

(3) C. Gavalda et J. Stoufflet op.cit., no. 491 bis, 650.

(٤) مثال ذلك هيئةالبريد والاتصالات فى فرنسا.

المطلب الأول: فكرة الإيجار الائتماني وجوهره

إننا نود أن نؤكد منذ البداية أن القصد من دراسة فكرة الإيجار الائتمانى وجوهره هو الوقوف على حقيقة هذه الوسيلة لمعرفة مدى توظيفها فى تحقيق الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية، وليس الدراسة التفصيلية للايجار الائتمانى لأن ذلك يخرج عن نطاق دراستنا، ولذلك إن أهم مايعنينا هو إلقاء الضوء على هذه الفكرة والكشف عن جوهرها للوقوف على آلية النظام الذى يحكمها.

لذلك سنقسم الدراسة فى هذا المطلب الى ثلاثة محاور رئيسية:

أولا: نحاول أن نبين مكمن الصعوبة فى هذه العملية وذلك بدراسة الإيجار الائتمانى بإعتباره عملية تمويلية تتم بوسائل قانونية تقليدية.

ثانيا: دراسة الإيجار الائتمانى باعتباره نموذجا لتراكب أنظمة قانونية لعدة عقود مسماة.

أولا: الإيجار الائتماني عملية تمويلية بوسائل قانونية تقليدية

وهنا سنعرض للصورة العملية الغالبة للايجار الائتمانى، ثم نعرض بعد ذلك للصور الأخرى له، وأخيرا نلقى الضوء على تميز هذه الوسيلة عن غيرها من الوسائل القانونية.

١- الصورة العملية الغالبة للايجار الائتماني

الصورة العملية الغالبة لهذا الاتفاق التمويلى فى الأجل المتوسط تتم على النحو التالى: **المؤسسة التى ترغب فى أن تؤمن لنفسها حق إستعمال الأدوات أو المعدات أو التجهيزات طبقا لهذا الشكل تقوم بنفسها بإختيار ما تحتاجه منها لتكون محلا لعقد الإيجار الائتمانى بعد التوقيع على هذا العقد، تقوم بالشراء من المنتج لحساب شركة الإيجار الائتمانى. هذه الأخيرة تقوم بالدفع وتضع هذه الادوات تحت تصرف المؤسسة مقابل إيجار مع خيار بالشراء فى**

نهاية العقد. للمستأجر الائتمانى فى نهاية العقد ثلاث خيارات: رد هذه الادوات، تجديد العقد، شراء هذه الادوات بالقيمة التجارية المحددة من الأصل مع العلم بأن الغاية الطبيعية للعقد هى الإنتهاء بشراء هذه الأدوات[1].

أما بالنسبة للايجار الائتمانى العقارى فإنه إيجار عن طريق المستأجر الائتمانى للعقار متضمنا وعدا بالإرادة المنفردة بالبيع من جانب شركة الإيجار الائتمانى للمستأجر الائتمانى مقابل ثمن محدد سلفا مع الأخذ فى الاعتبار الأجرة المدفوعة. هذا العقد يأخذ شكلا من ثلاثة أشكال بحسب ما إذا كان العقار مبينا أو تحت الإنشاء، وبحسب ما إذا كانت شركة الايجار الائتمانى مالكة للارض والمبانى فى نفس الوقت أم لا[2].

---

(١) وقد أورد المشرع الفرنسى تعريفا لهذا الاتفاق فى قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ وقد عرفه بأنه عمليات تأجير للتجهيزات والأدوات والالات المشتراه لهذا الغرض بواسطة مؤسسات معينة، تظل محتفظة بماكيتها، على أن تتضمن هذه العمليات أيا كان تكييفها، إعطاء المستأجر إمكانية شراء، كل أو بعض، هذه الأموال المؤجرة فى مقابل الثمن المتفق عليه مع الأخذ فى الاعتبار، على الأقل لجزء منها، الدفعات التى تم دفعها على سبيل الايجار.
وقد عرفت المادة الأولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان الإيجار التمويلى بأنه «يقصد بعمليات الإيجار التمويلى عمليات تآجير تجهيزات ومعدات وآليات على أنواعها مشتراه من المؤجر بهدف تأجيرها مع الاحتفاظ بملكيتها، شرط إعطاء المستأجر حق تملكها لقاء ثمن متفق عليه تحدد شروطه عند إجراء العقد مع الأخذ بالاعتبار، ولوجزئياً، الأقساط المدفوعة كبدلات إيجار».
ويبدو أن هذا التعريف القانونى غير شامل، أو جامع لكل صور الإيجار الائتمانى حيث أنه يستبعد، بمفهوم المخالفة الأموال غير الواردة فى النص كالسيارات مثلا. ولذلك جرت شركات الإيجار الائتمانى على أن تقوم بالعديد من العمليات المختلفة عن الواردة فى قانون ١٩٦٦.
وهذه العمليات لا يمكن بطبيعة الحال تجاهلها انظر فى تفصيل أكثر:
C. Gavalda et J.Stouffet, op.cit., no.49 Bis, p. 651.
وقد استبعد القانون المصرى صراحة سيارات الركوب والدراجات الآلية من نطاق الأموال موضوع عقد الإيجار التمويلى (م/ ١/٧ من القانون السابق الإشارة اليه).

(٢) فى فرنسا القيام بهذه العمليات قاصر على شركة S.I,.C.O.M.T.
انظر فى تفصيل أكثر C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 496, p. 664.

وكما هو واضح أن أهم ما تنطق به هذه الصورة هى الطبيعة التمويلية للايجار الائتمانى الوارد على منقول او عقار. هذه الطبيعة التمويلية يقابلها بناء قانونى معين يسمح لكل طرف بأن يحقق الأغراض التى يسعى اليها ويحدد فى نفس الوقت الدور الذى ينبغى عليه أن يقوم به. فكل طرف يقصر تحرياته على نطاقه الخاص: هذه التحريات مالية بالنسبة للمؤجر الائتمانى، وفنيه بالنسبة للمستأجر الائتمانى[1]، فاختيار الأدوات أو المعدات أو التجهيزات، وبائعها، وتحديد أسعارها، وشروط ومدد الدفع، وشروط ومدد التسليم..الخ. تكون من إختصاص المستأجر الذى يتأمل فى كل ذلك مليا بالنظر الى المقتضيات الخاصة به (كيفية الاستغلال، العائد المنتظر منه، وما إلى ذلك). أما بالنسبة للمؤجر تقتصر التحريات أساسا على يسار وجدية المستأجر، والفرض أنه قد سبق التحقق من ذلك، العائد من رأس المال المستثمر فى شراء هذه الأدوات محل الإيجار، إختيار وسيلة الضمان المناسبة.

هذه الوسيلة تحقق مزايا واضحة بالنسبة لمختلف الأطراف فبالنسبة للمؤجر الائتمانى فإنه يحتفظ بملكية الأدوات أو العقار مما يسمح له بالاحتجاج بها على الغير إذا ماقام بإجراءات الشهر المتطلبة قانونا. علاوة على ذلك فإنه يتخلص من أعباء الصيانة والمحافظة على الأدوات محل

---

(١) بالنسبة للايجار الائتمانى العقارى فان التحريات تكون اكثر تعقيدا حيث أن المستأجر يحدد شروط الشراء للمكان وللارض والبناء المحتمل ويختار مكاتب إعداد الدراسة. والمهندسين والمقاولين واعداد الرسومات..الخ. فى بعض الأحيان يكون ذلك بمساعدة المؤجر ويقوم المستأجر بذلك بصفته وكيلا عنه أو عن المقاول العام.

انظر El. Mokhtar bey La propriété le crédit bail evisagé.,comme une sûreté, in l'évolution, du droit des sûretés, Rev. jur com. févr, 1982 no. 6 p. 50 note.

الإيجار الائتمانى وكذلك من متابعة تنفيذ عقد الشراء أو المطالبة بتنفيذ ما ينشأ عنه من التزامات حيث يقوم المستأجر عادة بذلك بالنيابة عنه.

بالنسبة للمستأجر الائتمانى على المستوى الاقتصادى نجد أن العقد يسمح له، وبدون مساهمة من جانبه، بتمويل ١٠٠٪ من إستثمارته بما لاتحققه له أى وسيل قانويية أخرى. ولذلك نجد أن الإيجار الائتمانى يسمح للمؤسسات التى تلجأ اليه بعدم تأجيل استثماراتها، بل تحقق هذه الاستثمارات على ميزانية الاستغلال بما تتيح لها تجنب العقبات الناشئة عن تقادم التكنولوجيا بحيث لا تستأجر إلا بعض الأدوات ولمدة مناسبة، وخاصة فى عصر من أهم سماته تطور التكنولوجيا بمعدلات سريعة للغاية.

كما أ الإيجار الائتمانى العقارى يسمح للمؤسسات التى تلجأ اليه أن تحقق الاستثمارات العقارية بطريقة تدريجية. كما يسمح للمؤسسات تحت التوسع بعدم الاضرار بميزانيتها المالية من أجل الإنشاءات العقارية والاحتفاظ بجهودها للادوات والمعدات اللازمة للبحث والانتاج بالمعنى الدقيق[١].

على المستوى الضريبى، نجد أن الإيجار الائتمانى، العقارى أو المنقول، يحقق فى الغالب لكل من المستأجر الائتمانى والمؤجر الائتمانى مزايا ضريبية غير منكورة[٢].

---

(١) القانون الفرنسى يقصر الالتجاء الى هذا الايجار على العقار اللازم لاستعمال المهنى، ومنذ عام ١٩٨٦ قد سمح به كذلك للحرفيين والصناع.

(٢) انظر القانون الفرنسى الصادر فى ٩ يوليو ١٩٦٦. انظر المادة ٢٦ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ ومابعدها فى مصر، وانظر المادة ٢/١١ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

٢- صور خاصة للايجار الائتماني

الى جانب الصورة المألوفة للايجار الائتمانى توجد له صور أخرى سواء على مستوى التجارة الخارجية أو التجارة الداخلية.

ففى مجال التصدير نجد فى بعض الأحيان يتم اللجوء الى هذه الوسيلة لتمويل بعض العمليات الكبيرة (مثال ذلك طيارات الكونكورد والايرباس)[١].

كما أنه يوجد فى مجال التجارة الداخلية صور أخرى للايجار الائتمانى فهناك الإيجار الائتمانى المسمى le crédit bail adossé ou fournisseur وتتمثل هذه الصورة فى أن شركة منتجة للادوات أو معدات معينة (أو للانشاء) تتنازل عن إنتاجها لشركة إيجار ائتمانى والتى بدورها تتركه تحت يد الشركة المنتجة بمقتضى عقد إيجار ائتمانى مع الترخيص لها بتأجير هذه الأدوات الى مستأجرين إما بمقتضى عقد ايجار إئتمانى أو عقد إيجار عادى.

النموذج الآخر هو مايسمى بـ lease - back والذى يمكن ترجمته بعقد الإيجار الائتمانى المرتد (أو اللاحق) وتتمثل صورته فى أن الشركة تشترى من شركة تابعة لها مال معين ظاهر فى أصولها ثم تعود وتؤجره لها مع وعد بإعادة البيع. إقتصار هذه الصورة على طرفين لا يستبعد تكييفها كايجار إئتمانى[٢].

(1) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 491 bis, p. 656.
(2) C.Gavalda, et J. Stoufflet, op.cit., no. 491, p. 656.

٢- تمييز الايجار الائتماني عن غيره من الوسائل المشابهة

طبيعة عقد الإيجار الائتمانى معقدة ودقيقة ويصعب تحديدها. وذلك لأن الإيجار الائتمانى عملية تمويلية يتم تحقيقها من الناحية القانونية عن طريق العقود التقليدية ويخضع لنفس نظمها[١].

ومع ذلك فإن الإيجار الائتمانى يتميز عن le renting وهو عبارة عن تأجير خدمة (لأجل قصير قابل للتجديد). ولذلك نجد أن الشركة المؤجرة يقع عليها عبء صيانة أدواتها. كما أن المستأجر فى هذا العقد ليس له خيار الشراء[٢].

كما أن الإيجار الائتمانى لا يمكن إبتساره فى عقد من العقود المسماة، كايجار الاشياء، أو البيع الإيجارى، أو البيع بالتقسيط. هذا الايجار وإن كان يمكن تشبيه بعقد الايجار المقترن بوعد بالبيع إلا أن هذه الصورة لايمكن أن تستنفد ثراء هذه العملية التمويلية والتى هى أكثر من مجرد عملية تأجير، ودون أن تكون مجرد عملية إئتمان بسيطة.

فالايجار الائتمانى هو بالأحرى نوع من التأجير التمويلى[٣] للادوات والتجهيزات والذى بمقتضاه يستطيع المؤجر الائتمانى، وهو بالضرورة مؤسسة مالية أو بنك، أن يستهلك أو يجعله مصدرا للايراد، خلال مدة الايجار وطبقا للوسائل الفنية الملائمة، رأس المال المستثمر فى شراء الاشياء المعدة للتأجير. أما بالنسبة للمستهلك فإنه يعتبر كقرض لمبلغ من النقود فى

---

(1) Cass. civ. 3e , 10 Juin 1980. D.S.1980, 566 note Yves. Guyon, cité par E.M. Bey, op.cit., p.45 note 9.

(2) B. Starck, Droit civil, obligation, L.T. 1972, no. 1856, p 552.

(3) E.M. Bey, op.cit., no. 4 p. 49.

الأجل المتوسط أو الطويل يستهلكه بالتدريج عن طريق الوفاء والذى يتم مع إكتساب معاصر ومتناسب للمال المؤجر[١] .

ثانيا: أثر تراكب الانظمة القانونية لعقود مسماة تقليدية

يتضح مما سبق أن الإيجار الائتمانى يستمد خصائصه من عدة صيغ تعاقدية تتعاصر وتتداخل لتكون عقدا آخر مختلف عن مفردات هذه الصيغة الجمعية.

الهدف من عملية الايجار الائتمانى هو أن يضع تحت تصرف المستأجر الائتمانى خلال مدة دنيا غير قابلة للالغاء بعض الأدوات أو المعدات أو التجهيزات ورخصة لاكتساب ملكيتها بثمن قد تحدد مقداره سلفا. هذه الرخصة فى الخيار تعتبر إحدى خصائصه الأساسية وغيابها يؤدى الى عدم وجود عقد إيجار ائتمانى حقيقى.

الايجار الائتمانى يعتبر فى الغالب من العمليات ثلاثية الأطراف المؤجر الائتمانى، المستأجر الائتمانى، البائع أو المورد. فى هذه العملية تتراكب الأنظمة القانونية للعقود المختلفة التى إستمد الايجار الائتمانى منها خصائصه. وقد إنعكس ذلك بوضوح علـى مركز أطرافه وهذا ماسنبينه الآن.

١- مركز أطراف الإيجار الائتمانى

– بالنسبة للمستأجر الائتمانى: يكون له الحق فى استعمال الشىء محل العقد والانتفاع به خلال مدة دنيا غير قابلة للالغاء. هذه المدة قريبة من المدة المتعلقة بالاستهلاك الضريبى (٣–٨ سنوات). ويقع على عاتقه إلتزام

(1) E.M. Bey, op.cit, no. , p.49

بالمحافظة عليه وصيانته. هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية. يحظر عليه تأجير الشيء محل العقد من الباطن. كما يجب عليه أن يقوم بالتأمين عليه ضد كل المخاطر الناشئة عن أفعاله الشخصية أو عن أفعال الغير.

أخيرا يقع عليه التزام بدفع أجرة معينة مقابل هذا الانتفاع. كما أن هذا المستأجر له صفة الوكيل عن شركة الايجار الائتمانى عند شراء هذا الشيء.

فى عقد الإيجار الائتمانى العقارى فى الغالب تكون مدته طويلة (١٠-٢٥ سنة) وهذا ما يفسر ربط الأجرة فيه بتكاليف البناء.

ولهذا المستأجر رخصة شراء الشيء محل العقد فى نهاية مدته. هذه الرخصة تعتبر جوهر عقد الإيجار الائتمانى بحيث لا يتصور وجوده بدونها[١].

بالنسبة للمؤجر الائتمانى: يقع عليه التزام بتمكين المستأجر الائتمانى من الانتفاع بالشيء محل العقد وإستعماله خلال مدة غير قابلة للالغاء. كما يقع عليه التزام بضمان التعرض القانونى من جانب الغير لهذا الانتفاع. وفى مقابل ذلك له حق فى الأجرة المدفوعة (شهريا، أو ربع سنوية، أونصف سنوية) هذه الأجرة تغطى غالبا قيمة المال بالإضافة الى فوائد النقود المستثمرة وأعباء شركة الايجار الائتمانى، علاوة على هامش ربح لهذه الشركة. وفى غير هذه الحالة فإن الأجرة تحسب على أساس معدل متماثل أو متناقص أو دورى بحسب الأحوال.

---

(1) C. Gavalda et J. Staufflet op.cit., no. 491 p. 652.

عقد الإيجار الائتمانى يتطلب حدا أدنى من التعاون من جانب المستأجر الائتمانى فى إطار عقد من عقود الثقة[١] .

ضمانات شركة الإيجار الائتماني: لتؤمن شركة الايجار الائتمانى نفسها ضد عدم الوفاء بالآجرة قد تلجأ الى عدة ضمانات إتفاقية: فقد تلجأ الى الكفالة (من جانب شركة من مجموعة الشركات التابع لها المستأجر الائتمانى أو من جانب شركة الكفالة التبادلية) أو الى التأمين على حياة مديرى الفرع، المستأجر الائتمانى، أو التأمين ضد الأضرار التى تصيب المال المؤجر، أو الى الشرط الفاسخ الصريح، أو الى الوديعة على سبيل الضمان..الخ[٢] .

لكن فى الغالب ينص فى عقود الإيجار الائتمانى على شرط جزائى عند التخلف عن الوفاء بالأجرة أو التأخر فى هذا الوفاء. عمل هذا الشرط يؤدى، علاوة على استرداد الشيء، إلى استحقاق فورى للآجرة المستحقة عن المدة المتبقية فى العقد، بالإضافة الى دفع مبلغ معين على سبيل الجزاء. (قارن المادة ٢/١١ قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر).

هذا الشرط الجزائى وجه العسف فيه واضح. ولذلك كانت هناك محاولات عديدة من جانب الفقه والقضاء الفرنسى لمحاربة هذا العسف الشديد ولكن لم يكتب لها النجاح[٣] .

وقد تدخل المشرع الفرنسى ليضع حدا لهذه الممارسة التعسفية من جانب

---

(1) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 491 bis, p. 652.

(2) Ibid, no. 491, p. 654

(3) Ph. Malaurie la révsision judiciaire de la clause penale, (Loi No. 15 597 du 9 juillet 1975) Defrénois, 15 avril, 1976, 31075, 533 et S.

شركات الإيجار الائتمانى بمقتضى قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ الذى أعطى القاضى سلطة تعديل الشرط الجزائى المبالغ فيه بدرجة كبيرة[١] .

أهم هذه الضمانات على الاطلاق ما يخوله الايجار الائتمانى للمؤجر الائتمانى من إمكانية استرداد الأموال المؤجرة فى مواجهة جماعة الدائنين فى حالة تصفية أموال المدين بشرط أن يكون قد تم شهرا لعقد[٢] وهذا مايجرنا إلى الحديث عن وسائل الشهر والاحتجاج بهذا العقد على الغير.

٢- وسائل الشهر والاحتجاج على الغير

إن أهم ما يثيره الايجار الائتمانى من مشاكل هو أن وجود الاشياء محل العقد، والمملوكة لشركة الايجار الائتمانى، تحت يد المستأجر الائتمانى قد يخلق له نوعا من اليسار الظاهر ما يترتب عليه من خداع للغير، ولذلك إستوجبت حماية هذا الغير. هذه الحماية لا تتأتى إلا عن طريق تنظيم وسائل للشهر والعلانية للايجار الائتمانى[٣] .

ففى فرنسا مثلا قد تم تنظيم هذه العلانية على أساس أن يتم شهر الإيجار الائتمانى على المنقول فى قلم كتاب المحكمة التجارية الواقع فى دائرتها

---

(1) A. Weill, F. Terré, Droit civil, les obligation, no. 457, p. 497, Ph. Malaurie, L. Aynès, droit civil les obligaiton, no. 514, p. 365.

(٢) انظر مادة ١٩ / ب من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر، المادة ٨ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

(٣) تنص المادة ٣/١ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر على أن «تعد الجهة الإدارية المختصة (وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية) سجلا لقيد المؤجرين، كما تعد سجلا آخر لقيد عقود التأجير التمويلى التى تبرم أو تنفذ فى مصر أو يكون أحد أطرافها مقيماً فيها، وعقود البيع التى تتم إستناداً اليها، وكذلك أى تعديل لهذه العقود، ويجب أن يتضمن القيد تحديد المال المؤجر وبيان أطراف العقد وصفاتهم بالنسبة لهذا المال ومدة التعاقد والبيانات الواردة فى عقود البيع».

التسجيل الرئيسى للمستأجر الائتمانى فى السجل التجارى. فإذا كان صاحب الشأن ليس تاجرا فان الشهر يتم فى قلم كتاب المحكمة الواقع فى دائرتها المؤسسة التى تم إبرام عقد الإيجار الائتمانى للوفاء بحاجياتها (م٤ من مرسوم ٤ يوليو ١٩٧٢)[1]. (وقارن المادة ٦ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان).

كما أن المؤجر الائتمانى لا يستطيع أن يحتج بحقوقه على هذه الأموال، التى احتفظ بملكيتها، فى مواجهة الدائنين أو الخلف الخاص الذى تلقى حقه معاوضة من عميله إلا إذا شهر هذا العقد (م٨) لكن بالرغم من غياب هذا الشهر فان هذه الحقوق يمكن أن يحتج بها فى مواجهة الغير إذا كان هذا الغير يعلم بصفة شخصية بهذه الحقوق[2].

وقد نظم القانون وسيلة شهر للابحار الائتمانى العقارى على غرار المحافظة على الرهون (مرسوم ٤ يوليو ١٩٧٢) كما أنه قد نص على جزاء شابه لما هو منصوص عليه بصدد الإيجار الائتمانى على المنقول[3].

العلانية المحاسبية لعمليات الإيجار الائتماني: وقد نظم ايضا مرسوم ٤ يوليو ١٩٧٢ نوعا من العلانية المحاسبية لهذه العمليات الائتمانية والتمويلية. هذا الدين الهام والمتوسط الأجل للمؤسسة يجب أن يظهر بوضوح فى الميزانية أو الحساب الختامى (م١٢، ١٣، ١٤)[4].

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., les sûretés, no. 756, p. 244 .

(2) E.M. Bey, op.cit., no. 13, p. 52.

(3) C. Gavalda, et J. Stoufflet, op.cit., no. 491 p. 655

(4) Ibid, no. 496, bis, p. 664.

- وانظر المادة ٢/٢٥ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر، المادة ١٢ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

وكما هو واضح فان الآمان القانونى للدائنين مرتبط بمباشرة بهذه العلانية المحاسبة ولذلك قد قرر المشرع جزاء جنائيا على تخلفها.

الخلاصة: آثار قانونية بعيدة المدي لهذه الوسيلة:

فى النهاية يجب أن نشير الى الآثار القانونية لتطور الإيجار الائتمانى العقارى والمنقول. فى الواقع إن الإيجار الائتمانى قد أدى الى تغيير عميق فى أصول المؤسسات. فرأس المال العقارى لم يعد مملوكاً لهذه المؤسسات وأنما أصبح مملوكا لشركة الإيجار الائتمانى[1]. ما لم تستعمل رخصتها فى الشراء.

علاوة على ذلك نجد أن الإيجار الائتمانى قد أحدث تغييرا عميقا فى مجال التأمينات: فنجد تأمينات شخصية (كالكفالة) قد حلت محل التأمينات العينية فى حالات كثيرة. كما أن الائتمان الممنوح للشركات التابعة والتى تملك معظم أصولها شركات الايجار الائتمانى قد تم ضمانه بوسائل جديدة غير الرهن الحيازى أو الرهن الرسمى، بل ومختلفة الى حد كبير عن الكفالة فى صورتها التقليدية.

أخيرا، قد أصبح العنصر الأساسى المعول عليه فى منح الائتمان من جانب الدائنين هو حجم الأعمال، والآفاق المستقبلة للتوسع، وكذلك السيولة التى تملكها هذه الشركات التابعة وليس رأس المال العقارى. كما أن حجم نشاط المؤسسة قد أصبح عاملا أساسيا فى تقدير مخاطر الائتمان. وتطور أشكال الائتمان يؤكد الأهمية المتزايدة لهذا العامل.

---

(1) C.Gavalda, et J. Stoufflet, op.cit., no. 496, bis, p. 666.

المطلب الثاني: مدي ما يحققه الايجار الائتماني من ضمان

تمهيد:

يجب أن نبدأ بالتأكيد على حقيقة هامة وهو أن الضمانات لا تنحصر فقط فى نطاق التأمينات، وإنما فكرة الضمان تتجاوز هذا النطاق، خاصة وأن فكرة الضمان تعبر فى الواقع عن وظيفة إقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانونى محدد[1]، بينما نجد أن التأمينات تعبر عن نظام قانونى محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة. ولذلك فانه إذا كانت التأمينات تعد نوعا من الضمانات، فان العكس غير صحيح، إذ أنه ليس بالضرورة أن يكون كل ضمان نوعا من التأمينات[2].

فقانون التأمينات نشأ كفرع مستقل يقوم حول أنظمة قانونية أساسية: الرهن والاختصاص والامتياز، والكفالة، بينما الضمانات لم تنحصر فى فرع معين من فروع القانون وإنما نجد أن هناك أنظمة قانونية فى قانون الالتزامات أو قانون الأموال تقوم على تحقيق وظيفة الضمان بصفة أصلية أو بصفة عارضة.

بعد هذه المقدمة الضرورية نستطيع أن تبحث الآن دور الاحتفاظ بالملكية فى الإيجار الائتمانى كوسيلة للضمان، ثم نعرض بعد ذلك لحدود وتبعات الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لضمان.

---

(1) L. Aynès les garanties du financement, op.cit., no. 3 note 2 p.911.

(٢) أنظر فى تجاهل هذه الحقيقة وما ترتب عليها من نتائج غير منطقية

(2) El Mokhtar BEY, le crédit bail envisagé comme une sûrete, op.cit., spéc no. 1, p. 48.

أولا: دور الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان

يتضح مما سبق أن آلية الائتمانى، العقارى أو المنقول، تسمح للمؤجر الائتمانى بالاحتفاظ بملكية الشىء محل العقد، والذى قد تم تمويله بمعرفته، ويقوم المستأجر الائتمانى بالانتفاع به بمقتضى هذا العقد لقاء أجره معينة، قد تم تحديدها وفقا لمعايير معينة، ولهذا المستأجر خيار الشراء فى نهاية العقد.

ويبين من ذلك أن الإيجار الائتمانى كوسيلة تمويلية يرمى الى تحقيق عدة أهداف فى آن واحد من بين هذه الأهداف تحقيق ضمان للمؤجر الائتمانى عن طريق الاحتفاظ بالملكية ومايخول ذلك من حق استرداد الشىء محل العقد فى حالة تخلف المستأجر الائتمانى عن الوفاء بالتزاماته.

على ذلك فان وظيفة الضمان التى يقوم بها الايجار الائتمانى تعتبر من أهم خصائصه فى كل البلدان التى عرفت هذا النظام. بل أن المشروع التمهيدى للتنظيم الموحد بعمليات الإيجار الائتمانى والذى تم إعدداه عن طريق المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص U.N.I.DROIT فى روما قد ركز على المزايا المممنوحة لكل من المستأجر والمؤجر، وبصفة خاصة، إختيار المستأجر للشىء محل الإيجار ومورده وكذلك إنشاء حق مباشر لمصلحته فى مواجهة البائع، وأيضا ملكية المؤجر لهذا الشىء والتى تشكل نوعا من الضمان.

هذا الضمان يظهر بصورة أوضح فى أنظمة بعض الدول كالمانيا الاتحادية، حيث يميز بصدد ملكية المال المؤجر بين الملكية القانونية المحضة والتى تظل للمؤجر الائتمانى، الذى يأمل الا يسترد هذا المال على الاطلاق، والملكية الاقتصادية. والتى تخص المستأجر الائتمانى[1]، هذا

(1) E.M. Bey, op.cit., no. 9 p. 51, Ph. Malaurie, L. Aynés les sûretés, op.cit. no 756, p. 243. 244

يفترض بطبيعة الحال أن العمر الاقتصادى للمال محل العقد أطول بطريقة محسوسة عن مدة الإيجار[1].

فى الولايات المتحدة الأمريكية نجد أن تقنين التجارة الموحد قد وصف الإيجار الائتمانى بأنه تأمين Security interest وألقى على عاتق المؤجر التزاما بالقيام بتسجيله حتى يحتج به فى مواجهة الدائنين وخلف المستأجر.

ويترتب على إحتفاظ المؤجر الائتمانى بملكية الأدوات أو المعدات عدم إعتبارها عقارات بالتخصيص بالنسبة للمستأجر الائتمانى لتخلف شرط الملكية. وعلى ذلك إذا كان العقار المرصودة لخدمته مرهونا رهنا رسميا فلا تعتبر من مشتملات الرهن وبالتالى لايمتد اليها حق الدائن المرتهن.

كما أن تخلف المستأجر الائتمانى عن الوفاة بالأجرة يعطى للمؤجر الائتمانى الحق فى طلب الفسخ واسترداد الشىء محل العقد. وكذلك الحال عند الحكم ببطلان العقد.

غير أن أهم نتائج إحتفاظ المؤجر الائتمانى بملكية الشىء محل العقد هو إمكانية إسترداده فى حالة افلاس أو اعسار المستأجر الائتمانى وبالتالى عدم تعرضه لمزاجمة باقى الدائنين له بخصوص هذا الشىء حيث أنه لا يعتبر عنصرا من عناصر الضمان العام لهؤلاء الدائنين فلا يتعلق به حقهم بشرط أن يكون قد تم شهر العقد[2]. مما يسمح له ذلك بالتصرف بحرية فى أدواته أو معداته أو عقاره وحينئذ يكون قد حد من الضرر الذى يمكن أن يصيبه الى حد كبير.

---

(1) E.M. Bey, op.cit., no. 9 p. 51 spéc, note. 23.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés , op.cit., no. 756, p. 244.

ثانيا: حدود وتبعات الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان

هذا الضمان الناشىء عن الاحتفاظ بالملكية فى الإيجار الإئتمانى يترتب عليه فى بعض الحالات آثار محدودة بل وسلبية نتيجة للطبيعة المركبة لنظام التأجير التمويلى أو للايجار الائتمانى من ناحية، وعدم ملاءمة قواعد الشريعة العامة لبعض أوجهه الخاصة من ناحية أخرى.

فإذا كان التأجير التمويلى أو الإيجار الائتمانى يعتبر فى عرف المؤجر الائتمانى عملية إستهلاك وعائد مالى لاستثمار معين، فإنه يعتبر فى عرف المستأجر الائتمانى إستهلاك لقرض معين، مع إحتفاظ المقرض بملكية المال المؤجر بالاضافاة الى خيار الشراء للمستأجر.

هذه العملية تمثل بطبيعة الحال تطورا للافكار الاقتصادية ولكنها تكشف للاسف عن أزمة للنظم القانونية التقليدية للملكية وللتأمينات ولنظم العقود المسماة المختلفة التى تتفاعل فى هذه العملية. وهذا ما يتجلى بوضوح فى الفقرات التالية.

١- القيود الموضوعية

هذه القيود إما ترجع الى طبيعة العملية أو طبيعة محلها. وقد ترجع الى تعاصر وتفاعل أنظمة قانونية تعطى أولوية معينة لبعض الحقوق فى مواجهة صاحب حق الملكية.

أ- القيود التي ترجع الي طبيعة العملية أو طبيعة محلها

فى العلاقات التجارية الدولية قد لا يتسنى للمؤجر الائتمانى، فى كثير من الحالات، إسترداد الادوات أو المعدات أو التجهيزات محل الايجار الائتمانى إما لاعتبارات واقعية أو سياسية وإما لاعتبارات قانونية.

كما أنه فى الحالات التى يتسنى فيها للمؤجر أن يسترد، بصفة عامة، هذه الادوات أو المعدات أو التجهيزات فانه قد يتعذر عليه التصرف فيها وخاصة إذا كان سعرها فى سوق البيع بالمزاد منخفضا. وهذا ما يفسر أن بعض الادوات، مثل النماذج الأولى أو التجهيزات ذات التقنية العالية والتى يتم تجاوزها بسرعة، لا يمكن تمويلها إلا بحذر شديد. وكذلك الحال بالنسبة للايجار الائتمانى العقارى خاصة إذا كان العقار المسترد ذو إيراد منخفض.

ب- القيود التي ترجع الي تعاصر وتفاعل الأنظمة القانونية

إذا كانت أهمية الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان تتجلى بوضوح فى حالة إفلاس المستأجر الائتمانى إلا أن القوانين فى بعض الدول أوردت بعض القيود.

ففى فرنسا مثلا، نجد أن قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ لم يسمح للمؤجر الائتمانى أن يسترد المال محل الإيجار فى حالة إفلاس المستأجر الائتمانى، بالرغم من إحتفاظه بملكيته للاسباب التالية: أولا: هذا القانون لا يرتب على الحكم بافتتاح الافلاس le jugement d'ouverture de la faillit (م٥٦) أى سقوط للأجل. ثانيا: بالنسبة للاجرة غير المدفوعة قبل الحكم نجد أنه يستحيل رفع دعوى الفسخ (م٤٧) أو التمسك بالشرط الفاسخ الصريح.

لكن على إثر مدة الملاحظة La période d'observation فإن التصفية القضائية la liquidation judiciaire هى وحدها التى تسمح للمؤجر الائتمانى باسترداد أمواله. أما فى الحالات الأخرى، فإن استمرار العقد يمكن فرضه، بل ويمكن أن يقترن ذلك، عند الضرورة، بإعطاء مهل (بصفة خاصة فى

حالة التنازل عن المؤسسة مادة ٨٦) . وفى هذا يظهر تفوق شرط الاحتفاظ بالملكية[1] .

بعض الدائنين للمستأجر الائتمانى قد يستفيدون، طبقا للقانون، بتأمين عينى أو بامتياز خاص. من ذلك فى المسائل البحرية نجد فى فرنسا أن المادة ٣١ من قانون ١٩٦٧ تنشىء لستة أنواع من الديون، إمتيازات تسمح بالحجز والبيع تحت إشراف القضاء للسفينة المحجوزة . هذه الديون هى رسوم الحمولة والميناء، ومصاريف الارشاد، ومصاريف الحراسة والمحافظة، ومكافآت الانقاذ..الخ[2] .

وكذلك يتمتع مؤجر العقار بامتياز ثمن يسمح له باستيفاء حقوقه من ثمن المنقولات الموجوده بالعين المؤجرة (م١١٤٣ مدنى مصرى م٢١٠٢ مدنى فرنسى)، مالم يكن يعلم أو فى استطاعته أن يعلم أن هذه الأموال مملوكة للغير. والقضاء الفرنسى قد طبق المادة ٢١٠٢ من التقنين المدنى الفرنسى على الأدوات والمعدات المؤجرة إئتمانيا[3] .

ولذلك فان ملكية المؤجر الائتمانى ليست مطلقة، ومع ذلك فإنه منذ أن تتم العلانية أو الشهر المطلوب قانونا فإنها تجعل المؤجر العقارى سىء النية. ففى الحدود التى يتم فيها تسجيل الايجار الائتمانى يعتبر عالما بأن الأدوات والمعدات الموجودة فى حيازة مدينة مملوكة للغير[4] .

علاوة على ذلك فإن الدائن الذى أنفق على الشىء المؤجر مصاريف لصيانته أو المحافظة عليه فإنه يستطيع أن يمارس حقه فى الحبس على هذا

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 756, p. 244.

(2) E.M. Bey, op. cit., no. 18, p. 53.

(3) T. Com Paris, 22 moi 1973, inédit, cité par E.M. Bey, op.cit, note 32, p.53.

(4) E.M. Bey, op.cit., no. 24 P. 54.

الشيء. وهذا يمكن أن يكون ضار بمصالح المؤجر الائتماني إذ يجد نفسه ملزما، وذلك ليسترد أدواته أو معداته، أن يدفع الدين لمستأجره الذى لم يف بالتزاماته.

٢- تبعات الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

يمكن أن تكون الملكية سببا خاصا للمسئولية المدنية أو الجنائية، الملازمة لاستغلال المال المؤجر، بالنسبة للمؤجر الائتماني. وبذلك تكون مصدرا لنفقات لا تتناسب مع الطبيعة الحقيقية لهذا النظام ووظيفته كضمان.

من ذلك أن تبعة هلاك الشيء محل الإيجار بسبب أجنبي لايد للمستأجر الائتماني فيه تكون على مالك الشيء أى على المؤجر الائتماني[١].

ومن أبرز الأمثلة على ذلك أيضا المواد L.233-5 et R.233-49 C. Trav. والمتعلقة بالمسائل الصحية والآمان. هذه المواد تفرض، تحت التهديد بتوقيع عقوبة جنائية، على المستوردين وعلى البائعين والمؤجرين لمختلف المواد والأدوات الجديدة أو المشتراه بالمزاد الواردة فى نصوص المواد R. 233 - 83 et s.C. Trav بأن يقرروا للمستأجر صلاحية الشيء المؤجر أو المباع ومطابقته للمواصفات المفروضة وأن يضعوا لوحة على هذا الشيء الجديد بذلك. علاوة على ذلك المستأجر الذى تسلم وفقا لشروط مغايرة.. يمكن، بالرغم من كل شروط على خلاف ذلك، أن يطلب ، فى خلال مدة سنة إعتبارا من يوم التسليم، الفسخ للايجار (art 233-6) كما هو واضح فإن ملكية

---

(١) انظر المادة ٢/١٠ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر، ومع ذلك انظر المادة ٢/٤ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان تنص على أن «تقع كذلك مخاطر هلاك المال المؤجر على المستأجر حتى لو حصل ذلك نتيجة فعل خارج عن إرادته».

الشيء يمكن أن تستوجب العقوبة. هذه الآثار تكون على خلاف الطبيعة الداخلية للايجار الائتمانى[١].

فى المسائل البحرية نجد أن اتفاقية بروكسل فى ٢٩ نوفمبر ١٩٦٩ تعتبر مالك السفينة المتهم مسئولا عن كل اضرار التلوث الاقليمى أو عن تسرب أو إلقاء الهيدروكربونات. ولا يمكن إعفاؤه إلا إذا أثبت أن الكارثة ترجع إلى حدث ذو طابع إستثنائى لايمكن تجنبه أو دفعه، أو للخطأ الجسيم أو العمدى للغير أو للمجنى عليه. ويمكن مع ذلك أن يحدد مسئوليته بمبلغ معين بصدد حادثة معينة واردة فى الاتفاقية مالم تكن الكارثة ناشئة عن خطئه الشخصى.

فالملكية بالرغم من أنها تشكل ضمانا قويا إلا أنها تعتبر بالنسبة للمؤجر الائتمانى، نتيجة للمسئولية الملقاة على عاتقه باعتباره مالكا، مصدرا لنفقات، تأمين مثلا لا يتناسب مع التوازن المالى للايجار الائتمانى[٢].

ومن ذلك ايضا نجد أن إحتلال المصنع على إثر إضراب وما ينشأ من ذلك، فى بعض الاحيان، من تخريب كامل أو جزئى للشيء المؤجر لا يخول للمالك الحصول على تعويض على أساس أن وثيقة التأمين لا تغطى مثل هذه المخاطر[٣]. أما بالنسبة للمسئولية المدنية الناشئة عن الاضرار التى تسببها الأموال المؤجرة وفقاً لأحكام القانون المدنى فإن المستأجر هو الذى يتحملها[٤].

هكذا نجد أن الايجار الائتمانى كوسيلة تمويلية قد تم تشبيه على المستوى الاقتصادى بالقرض، رغم ارتدائه طابع الإيجار. وإحتفاظ المؤجر الائتمانى

---

(1) E.M. Bey, op.cit., no. 29, p.54.

(٢) انظر بالنسبة لاعباء وتكاليف الضرائب E.M. Bey, op.cit., no. 30, p.55

(٣) انظر في أمثلة أخرى E.M. Bey, op.cit, no.30 p.55.

بالملكية فيه وإن كان لا يحقق له تأمين عينى بالمعنى الفنى الدقيق إلا أنه قد أدى وظيفته كضمان لاستيفاء حقه وتقليل المخاطر التى قد يتعرض لها فى حالة تخلف الطرف الآخر على الوفاء بالتزاماته. وفى هذه الحالة الأخيرة نجد أن المستأجر الائتمانى قد فقد الأمل فى تملك الشىء المؤجر الذى كان سيتملكه إذا ماتم التنفيذ العادى للاتفاق وإستعمل فى نهاية العقد حقه فى خيار الشراء.

المبحث الثالث: البيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع

تمهيد:

هذه العقود تعتبر أكثر من إيجار وأقل من أن تكون بيعا وتحليل هذه العقود يتسم غالبا بالصعوبة. فى الواقع إن الدافع إلى الالتجاء الى مثل هذه العقود هو تحقيق نوع من الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية، وكذلك التمتع بالحماية الجنائية فى حالة تصرف المستأجر فى محل العقد قبل الوفاء بالثمن وتملك الشىء.

فى الحياة العملية الالتجاء الى هذه العقود قليل الى حد ما فى نطاق العقارات ولكن منتشر على نطاق واسع فى نطاق المنقولات. ويرجع السبب فى ذلك إلى تسهيل الدول المتقدمة ملكية العقارات عن طريق ماتمنحه من ائتمان للافراد فى هذا المجال، وبالتالى قله الحاجة الى الالتجاء الى مثل هذه الصيغة فى نطاق العقارات[٢].

---

(١) انظر المادة ١/١٠ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥، المادة ١/٤ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

(2) P. Lancereau, les contrats de location - vente et de location assortis d'une promesse de vente du 13 juillet, 1979, Rev. dr. immob. 1980, 22, no. 2.

هذه العقود تتضمن مخاطر مالية بالنسبة للمتصرف اليه الذى يدفع جزء من الثمن قبل نقل الملكية. وهذا المبلغ يكون كبير نسبيا فى نطاق العقارات، ولذلك فان الخطر يكون أكثر لأنه اذا كان يوجد للبائع امتياز لضمان استيفاء الثمن إلا أنه لا يوجد امتياز للمشترى الذى دفع الثمن ولم يتلق الملمكية. وهذا هو السبب الذى من أجله قد جرى العمل فى فرنسا بالنسبة لعقد الايجار المتضمن وعدا بالبيع على أن تكون الأقساط على مدد قصيرة ولا تتجاوز بصفة عامة ١٠٪ من الثمن. كما أن هناك قوانين أخرى فى فرنسا وفرت هذه الحماية للمشترى فى نطاق بيع الأموال المخصصة للاستهلاك قانون ٣ يناير ١٩٦٧، قد وضع المبدأ الأساسى بعدم الدفع تحت أى شكل كان من حانب المشترى للمعمارى - البائع قبل إنتقال الملكية[1].

هناك إستثناء بالنسبة للمساكن ذات الإيجار المتوسط .H.L.M ولبعض الشركات ذات الاقتصاد المختلط حيث يخول لهم الالتجاء إلى مايسمونه خطأ بالبيع بالأجل. نقل الملكية لا يتم فى هذه العقود الا بعد الاقرار بدفع كامل الثمن الذى يتم بين أيدى البائع على دفعات مقسطة سواء قبل أو بعد إتمام البناء (art L. 251-10 C. consr. et habit). **وكذلك قد تم تنظيم الإيجار بالتخصيص عن طريق جمعيات تعاونية بالأسهم للاسكان ذو الإيجار المتوسط بالمرسوم رقم ١٠١٢ - ٦٥ فى ٢٢ نوفمبر ١٩٦٥ ولكن قد تم حذف هذا الشكل بالقانون رقم ٥٨٠ - ٧١ فى ١٦ يوليو ١٩٧١[2].**

وسوف نركز دراستنا على نقطتين أساسيتين:

أولا: التعريف بالبيع الإيجارى والإيجار المقترن بوعد بالبيع.

ثانيا: بيان مدى ماتحققه هذه العقود من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية

(1) P. Lancereau, op.cit., p. 23.

(2) P. Lancereau, op.cit., no. 2, p.23.

المطلب الأول: التعريف بالبيع الإيجاري

والإيجار المقترن بوعد البيع

(Location - vente et location assortis

d'une promesse de vente)

فى هذا الصدد سندرس ماهية هذه العقود وأهميتها، ثم نحاول تمييزها عن غيرها من العقود التى قد تشتبه بها.

أولا: ماهيتها وأهميتها

وهنا نعرض على التوالى للمقصود بها، وللأهمية العملية لهذه العقود

١- المقصود بها

وهنا سوف نعطى لكل منها تعريفا يكشف عن جوهرها وكيفية عملها.

فبالنسبة لعقد البيع الإيجاري: نجد أنه فى الحقيقة عقد بيع بمقتضاه يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة وفى أثناء هذه المدة يوجد إيجار بين البائع – المؤجر والمشترى المستأجر.

- **أما بالنسبة لعقد الإيجار المتضمن وعدا بالبيع**، نجد أن هذا العقد أكثر إستعمالا من عقد البيع الإيجارى، هذا العقد يتضمن فى الواقـــع عقدين:

– إيجار وهو مرتبط بوعد بالبيع بالمفهوم التقليدى. وتكون مدة هذا الإيجار غالبا من ١٨ شهرا الى سنتين مع دفع أجرة يكون مستواها أعلى تقريبا من الأجرة فى سوق الايجارات جزء من هذه الأجرة يعتبر كمخصص للوفاء الجزئى بثمن البيع إذا ماتم. هذا الجزء من الأجرة متنوع للغاية

فيتراوح بين ٢٠ و٧٥٪ من الأجرة الإجمالية. فيما وراء ذلك فإن الأمر يتعلق بإيجاز عادى سواء بالنسبة لالتزامات المؤجر والمستأجر. ويلتزم المستأجر بصفة خاصة بتقديم وديعة على سبيل الضمان، للوفاء بالأجرة خلال مدة الإيجار.

بالنسبة للوعد بالبيع: هذا الوعد لايختلف بصفة عامة عن الوعد بالمفهوم التقليدى مع دفع المستأجر مقدم يتراوح غالبا بين ٥ و١٠٪ من الثمن. هذا المقدم يكون من حق البائع فى حالة ما إذا لم يبد المستأجر المستفيد من الوعد رغبته فى الشراء. لكن قد يحل محل هذا المقدم تعويض عن عدم التصرف indemnité d'immobilisation خلال مدة الوعد. هذا التعويض له نفس المحل. ويأخذ نفس الحكم. والثمن يتم تحديده وفقا لمؤشرات معينة حتى تاريخ البيع.

عند إنتهاء مدة الإيجار، وهى نفس مدة الوعد بالبيع، يكون عقد البيع قد تم إبرامه إذا ما أعلن المستأجر رغبته فى الشراء، ويتم خصم الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن من الثمن المدفوع، وكذلك الأمر بالنسبة لوديعة ضمان الأجرة والأجرة المدفوعة مقدما.

ومع ذلك فإن عقد البيع يمكن أن يتم قبل إنتهاء مدة الإيجار، بل يحث البائعون المستأجرين على ذلك. ليس بربط الثمن بمؤشرات معينة فحسب، وإنما أيضا بتخصيص جزء أكبر من الأجرة للوفاء بالثمن كلما تم البيع مبكرا. وبطبيعة الحال يتم خصم المقدم أو التعويض عن عدم التصرف خلال مدة الوعد من الثمن عند تمام البيع.

وفى حالة تخلف المستأجر فانه قد يلزم بدفع مبلغ من التعويض عن إنهاء الإيجار قبل مدته، بل قد يلزم بدفع الأجرة المستحقة عن المدة المتبقية

للايجار. علاوة على ذلك يمكن أن يخسر المستأجر، طبقا للوعد بالبيع، المقدم الذى دفعه، أو التعويض عن عدم التصرف، فى المقابل للمستأجر أن يسترد، بصفة عامة، الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن السابق دفعه خلال مدة الايجار والوعد.

مضمون هذه العقود متنوع للغاية. بل إن طبيعتها تتوقف فى الواقع على مبالغ الأجرة ومبالغ الدفعات التى تتضمنها وذلك بحسب ما إذا كان الجزء المخصص من الأجرة لدفع الثمن ذو أهمية من عدمه، وبحسب ما إذا كان مقدم الوعد بالبيع ذو أهمية من عدمه، وبحسب ما إذا كان سيترتب على عدم اظهار الرغبة فى الشراء فقد كل أو بعض المقدم من عدمه، سنكون بصدد ايجار أو بيع محض بحسب الظروف[1].

٢- أهميتها العملية:

يبدو أن عقد البيع الإيجارى أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع فى مجال العقارات له منفعة اقتصادية غير منكورة. كما أن هذه العقود تحقق غالبا مصالح الطرفين.

فالمستأجر لديه رغبة لأن يصبح مالكا للمسكن الذى يشغله – هذه الرغبة تعبر فى نفس الوقت عن حاجات نفسية واقتصادية لدى الشخص. والبائع من جانبه يجد أن الصفقة تتم بسهولة ويسر نتيجة إقتصاده للوقت والمصاريف فى الدعاية والاعلان وأتعاب الوسطاء ولكن الشخص الراغب فى الملكية ليس لديه دائما وفى الحال المبالغ اللازمة لاكتسابها، لذلك فان

---

(1) P. Lancereau, op.cit., no. 9 p. 25.

الفترة التى يتم فيها الإيجار تعطية الوقت اللازم لتدبير هذه المبالغ وتجنبه ضياع الفرصة وتجعله يألف المكان الذى سيتملكه بصفة نهائية.

نحن نعلم الصعوبات الضخمة التى تصادف الشخص عند إكتساب الملكية وبصفة خاصة الشبان حديثى الزواج، ومايستلزمه ذلك من مبالغ كبيرة لا يتسنى فى الغالب توفيرها دفعة واحدة. كما أن البائعين وأصحاب العقارات المبينة بواجهو غالبا بالقدرات المالية المحدودة للعديد من عملائهم المحتملين، وما قد يترتب على ذلك من خسائر محتملة فى بيع المساكن لمثل هؤلاء العملاء. وخاصة وأنه قد ينشأ مظهر كاذب لليسار نتيجة الحصول على الائتمان اللازم لدفع المقدم المطلوب فى مثل هذه البيوع.

ولذلك نحن نرى أن الالتجاء الى صيغة البيع الإيجارى أو الايجار المقترن بوعد بالبيع يعتبر أحد الحلول العملية، أو على الأقل طريقا لبحث عن حل لهذه المشكلة الاجتماعية والاقتصادية ذات الأهمية القصوى.

على المستوى الاقتصادى تعتبر هذه العمليات مفيدة بالنسبة للمتصرف اليه، ففيها تقليل لاعباء رد القروض وإطالة للمدد المتاحة، وامكانية إختيار أحسن وقت لتغطية إيجاره بالشراء على ضوء تغير سعر الفائدة، بالنسبة للبائع فانه يعتبر فى وضع محايد حيث أنه يحدد سعر المسكن بطريقة تسمح له بتغطية الأجرة والمصاريف المالية والثمن وفى المقابل سيتحمل المستأجر هذه الأعباء(١).

فى فرنسا أقترح بعض منشىء العقارات هذه الصيغ خلال الأزمة العقارية الكبيرة فى ١٩٧٤ - ١٩٧٨ لكن قد إستخدمت هذه الصيغ فى

---

(1) P. Lancereau, op.cit., no. 4 p. 23.

برامج تشييد تم البيع فيها بطريقة سيئة ولذلك فإنها لم تلق ترحيبا فى المجال العقارى[١].

من ناحية أخرى، نجد أن الخطر الذى تتضمنه هذه الصيغ، بالنسبة للمشترى الذى دفع جزء من الثمن دون أن يكون مالكا، أكبر من الناحية النظرية مما يتعرض له فى بيع المبانى تحت الإنشاء. وقد استبعد قانون ٣ يناير ١٩٦٧ فى فرنسا هذا الخطر، ولذلك قد تحمل اصحاب المبانى عبئا ثقيلا من الناحية المالية. فى الواقع هذا الخطر لم يظهر بصورة واضحة أثناء الأزمة العقارية وذلك لأن الذين إستخدموا هذه الصيغ هم كبار المشيدين وحدهم.

من الناحية القانونية هذا الخطر مازال ماثلا بالنسبة للمشترى فى البيع الإيجارى فى مجال العقارات. ولم يواجه المشرع الفرنسى هذا الخطر فى قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ وإن كان قد إهتم بتنظيم مسائل ثانوية فى الغالب تنظيما دقيقا بما قديجره ذلك من تعقيدات[٢].

المنفعة الاقتصادية التى تستجيب لها هذه الصيغ ينبغى أن تحث المشرع على تطويرها عن طريق وضع مجموعة من القواعد المتكاملة والتى تعطى كلا من اطرافها والغير الحماية اللازمة.

ويكفى أن ندلل على أهمية ذلك برصد التطور الحالى فى مجال الاسكان فى الواقع إذا كان السكن فى المدن قد تم الى عهد قريب عن طريق التأجير، فإنه منذ ٣٠ عاما تقريبا قد تطورت ملكية المساكن بصورة ملحوظه. هذا

---

(1) P. Lancereau, op.cit., no. 5 p. 23.
(2) Ibid.

التطور يرجع الى عدة أسباب: السبب الرئيسى منها هو إتساع نطاق المدن بصورة سريعة وازدياد معدلات النزوح اليها من الريف، علاوة على زيادة السكان بمعدلات مرتفعة والخشية من التضخم ومساعدة الدولة بقروض الاسكان.

لكن فى الوقت الحاضر هناك إختفاء للادخار التدريجى السابق، وتقليل تدريجى لمساعدة الدولة، وإرتفاع لاسعار الفائدة على قروض الاسكان مما أدى الى ظهور صعوبات عديدة أمام التطور الحالى لاكتساب الملكية العقارية.

ولذلك لنا أن نتساءل عما سيكون عليه الأمر، من الناحية القانونية فى المستقبل. هل سيكون فى الالتجاء مرة أخرى الى الإيجار المتضمن مبالغ نقدية ضخمة ضائعة؟ هل فى الشراء الفورى الذى أصبح أكثر صعوبة بالنسبة للغالبية العظمى من الاشخاص الذين لديهم حاجة ماسة للمسكن؟ نحن نعتقد أن المخرج سيكون فى حل وسط، فى البيع الإيجارى أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع.

فى مصر اكتفى المشرع بالنص فى المادة ٤٣٠/٤ مدنى على أنه تسرى احكام الفقرات الثلاث السابقة (المتضمنة أحكام البيع بالأجل) ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا ولم يرد أى تنظيم قانونى للايجار المقترن بوعد بالبيع.

فى فرنسا للاسف أيضا لم يتم تنظيم البيع الايجارى أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع إلا بمناسبة تشريع يتعلق بالإئتمان وليس بطريقة مستقلة. وقد اكتفى المشرع بتنظيم العلانية، ومضمون العرض المقدم من المؤجر، وتحديد الشروط الجزائية على النحو الذى سوف نراه فيما بعد.

ومعالجة هذه العقود على هذا النحو قد أدى الى عدم خضوعها لدراسة متعمقة ولا لإعداد كاف. وكان ينبغى أن يكون مضمون هذه العقود محل تأمل وتفكير عميق. لما لها من مظاهر الإيجار ولما لها من مظاهر البيع، وإعطاء حد أدنى من الحماية لمصالح الأطراف والغير. ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه العقود المجردة من النظام القانونى الضرورى لها، تستطيع أن تتطور لتواجهة الحاجات الاقتصادية التى أفرزها التطور الحالى لأزمة الاسكان ؟؟ !!

ثانيا: تمييزها عن غيرها من العقود

عقد البيع الإيجارى وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع يختلف عن البيع بالأجل المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية وعن الإيجار الائتمانى.

١- إختلاف هذه العقود عن البيع بالأجل

فى البيع الايجارى وعقد الايجار المقترن بوعد بالبيع نجد أن العقد له مظاهر الإيجار وله مظاهر البيع فى نفس الوقت. فى البيع الايجارى لا نطبق أحكام الايجار والبيع إلا على سبيل التعاقب. إذ يبقى العقد إيجار الى أن يتم الوفاء بكامل الثمن. فمنذ ذلك الوقت يصبح العقد بيعا مع يترتب على ذلك من نتائج على النحو السابق بيانه. أما فى الإيجار المقترن بوعد بالبيع فإنه يتعاصر تطبيق أحكام كل من الإيجار والبيع وتتفاعل هذه الأحكام مما يترتب عليه نتائج مغايرة بالنسبة لكل منهما على حدة. ولذلك فان هذه العقود تخضع لأحكام كل من العقدين، الإيجار والبيع، فى الحدود التى تسمح بها طبيعتها.

أما عقد البيع بالأجل المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس له إلا صفة واحدة وهى صفة عقد البيع وبالتالى فإنه يخضع لهذه الأحكام كل ماهناك

ستكون الملكية معلقة على شرط واقف إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن بالنسبة لبعض التشريعات وبعض الفقهاء ومضافة الى أجل واقف بالنسبة للبعض الآخر من التشريعات، وبعض الفقهاء على النحو السابق بيانه.

ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بالثمن لا يعتبر مبددا. كما أنه إذا أفلس المشترى فإن البائع لا يسترد المبيع من التفليسة إلا إذا كان له أن يحتج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة الغير طبقا لبعض التشريعات على النحو السابق بيانه. بينما يكون الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقد البيع الإيجارى أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع فى بعض التشريعات.

٢- إختلاف هذه العقود عن الإيجار الإئتماني.

الإيجار الائتمانى يعتبر عملية تمويلية ثلاثية الأطراف. وأهم ما يميزها وجود الممول بالإضافة الى البائع والمستأجر الائتمانى بينما فى عقد البيع الإيجارى والإيجار المقترن بوعد بالبيع لا يوجد الا طرفان المؤجر – البائع والمستأجر – المشترى.

علاوة على ذلك فان الهدف الرئيسى من الإيجار الائتمانى هو توفير وسيلة تمويلية وأن الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية يتحقق بصفة تبعية وثانوية. بينما فى عقد البيع الايجارى والايجار المتضمن وعدا بالبيع الهدف الرئيسى منهما هو توفير وسيلة ضمان قوية وهى الاحتفاظ بالملكية ، علارة على التمتع بالحماية الجنائية فى حالة التصرف فى العين أثناء فترة الإيجار.

٣- إختلاف هذه العقود عن عقد إيجار - الإشغال

(La Location - accession

هذا العقد قد تم تنظيمه فى فرنسا بقانون ١٢ يوليو ١٩٨٤ وذلك من أجل إشغال العقارات دون إرتباط بملكيتها خاصة فى مجال العقارات السكنية أو العقارات المخصصة لأغراض مهنية وسكنية(١). وعقد إيجار الإشغال الذى يخضع لهذا القانون لابد أن يتوافر له ثلاث خصائص.

١- أن يتضمن وعداً بالبيع للشاغل (L'accédant) أى يكون له الخيار.

٢- أن تكون هناك مدة أولية للانتفاع بالعين بمقابل.

٣- أن يتم دفع هذا المقابل حتى إعلان الرغبة.

هذا المقابل يشمل الإيجار بالإضافة إلى مبلغ يقابل الحق الشخصى فى نقل ملكية المال إليه (م ١)

- هذا العقد يمكن أن يكون عقد بيع إيجارى إذا كان لا يتضمن الخيار الممنوح للمستأجر - الشاغل. كما أنه قد يكون عقد إيجارات متضمنا وعداً بالبيع وذلك عند غياب الإيجار المبالغ فيه "Surloyer" السابق بيانه وبالتالى لا يخضع فى جميع هذه الحالات لهذا القانون.

- عقد إيجار - الإشغال يخضع لنظام قانونى خاص (م ٢٨- ٣٤) ولا

---

(١) أنظر فى ذلك:

- M. Dagot et D. Lepeltier, Lo Lacation- Accession, litec, 1985; Ph. Malivaud et Ph. Jestaz, L' accession à La Propriété Pour Le Contrat de Location- accession D. 1985, Chr. 272- 284, R. Saint-Alary- Houin, La Location- Accession, Rev. de dr., immobilier 1985. I, P. Walet et A. Durance, La Location- accession, Masson 1988.

يخضع لقوانين الإيجار. كما أن هذا العقد يتلافى الصعوبات التقليدية فى البيع الإيجارى. فالقانون يضمن للمستأجر - الشاغل إسترداد المبالغ المستحقة للمؤجر - البائع فى حالة عدم إعلان الرغبة وهذا الاسترداد مضمون بإمتياز جديد فى المادة ١٦ من القانون أو بكفالة. كما أن المستأجر - الشاغل يتمتع فى مجال إدارة العقار وخاصة فى علاقته بالملاك الآخرين، بمزايا مهمة مقررة فى المادة ٣٢ من هذا القانون فى مقابل كل هذا يقع على عاتقه إلتزامات ثقيلة بالمقارنة لما يلتزم به المستأجر العادى (م ٢٩).

هذا العقد يجب أن يتم فى صورة رسمية (م٤) كما أن هذا العقد. تأثراً بالتشريعات الحمائية للمستهلك- تضمن عدداً من البيانات الهامة المتعلقة بعناصر العقد والتى تهدف إلى تبصير المتعاقد قبل الإقدام على التعاقد[١].

وهذا العقد يعتبر فى غاية التعقيد حيث أنه يفرض على البائع مخاطر مالية دون أن يكون لهذه المخاطر مقابل كاف: فمثلاً إذا لم يتم إعلان الرغبة فإنه ليس له إلا أن يحتفظ بنسبة ١٪ من ثمن البيع (فى بعض الحالات الإستثنائية ٣٪) على سبيل التعويض القانونى (م١١) ومن أجل ذلك كله نجد أن إستقبال العمل له كان متحفظاً[٢].

---

(١) من هذه البيانات البيان المتعلق بتعيين العقار، وثمن البيع وطرق الدفع، بنية المتصرف إليه فى الحصول على قرض، تاريخ بدء الانتفاع، مبلغ المقدم وطرق الدفع والخصم من الثمن، التعويض عند الانتهاء، الإحالة إلى عقود التأمين.. (م ٥ من قانون ١٢/٧/١٩٨٤) ويلاحظ أن عقد إيجار الإشغال لا يخضع لتشريعات الحمائية فى مجال الأئتمان الاستهلاكى

فى مجال المنقول Art.L. 311- 2 al..2, Lai 78- 22 du 10 Janv. 1979
وفى مجال العقار (La Lai du 13 Juil. 1979, art, 22 à 29)
حيث قانون ١٩٨٤ قد فرض قواعد مقابلة لذلك ولكنها خاصة به (م ٢١- ٢٥).

(٢) أنظر Ph. Malauie, L. Aynès, Drait Civl Les Contsats Spéciaux,

على ضوء ما تقدم نجد أن الحق فى الانتفاع بالشئ لم يكن الهدف الرئيسى والنهائى من العملية القانونية وإنما كان ذلك من قبيل الوسيلة الفنية المحايدة والتى تسبق نقل الملكية الذى يعتبر الهدف الرئيسى والنهائى من العملية القانونية.

المطلب الثاني: مدي ما تحققه هذه العقود من ضمان

نعرض فى هذا المطلب لمدى ما تحققه هذه العقود من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية، ثم نعرض بعد ذلك لمسلك المشرع الفرنسى فى تنظيم هذه العقود

أولا: الاحتفاظ بالملكية علي سبيل الضمان

نبين أولا موقف المشرع المصرى من البيع الإيجارى، ثم نبين بعد ذلك مدى ما يحققه البيع المقترن بوعد بالبيع من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية.

١- موقف المشرع المصري من البيع الإيجاري

بالرغم من الفوائد العملية التي يحققها البيع الإيجارى للمتعاقدين على النحو السابق بيانه، وكذلك الفائدة الاقتصادية التى يستجيب لها إلا أن المشرع المصرى قد إفترض أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون الإيجار عقدا صوريا يستر العقد الحقيقى وهو البيع بالتقسيط، والمبلغ الإضافى الذى جعله المتعاقد ثمنا ليس إلا ثمنا رمزيا، والثمن الحقيقى إنما هو هذه الاقساط التى يسميانها أجرة[١].

éd 1995- 1596, cujas n° 809.

(١) السنهورى، الوسيط جـ٤ المجلد الأول، البيع والمقايضة، ١٩٦٠ فقرة ٩٧ ص ١٧٨.

ولذلك قد جاءت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى لتعطى لهذا العقد حكم عقد البيع بالتقسيط بنصها على أنه تسرى الفقرات الثلاث السابقة (المتضمنة أحكام البيع بالتقسيط) ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا.

ويترتب على أن البيع الإيجارى يعتبر بيعا محضا وتسرى عليه أحكام البيع بالتقسيط أن البائع لا يستفيد من الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية ولا من الحماية الجنائية فى حالة التبديد.

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى. وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجارا إمعانا من البائع فى ضمان حقه، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجره لا ثمنا، وإذا ما تصرف المشترى فى المبيع عد هذا منه تبديدا. فأقر المشروع الأمور فى نصابها، وسمى الاشياء بأسمائها حتى لو سميت بإسم آخر، فهذا العقد بيع لا ايجار ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الاقساط جيعها، فإذا ما سددت إنتقلت الملكية الى المشترى منسحبة الى وقت البيع(١).

وهذا النص مقتبس من المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى الالمانى والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسى الايطالى(٢).

فى فرنسا هذه العقود لم تنظم تنظيما تفصيليا ومازالت تخضع للقواعد العامة. لذلك يعتبر البيع الإيجارى ايجارا فيما بين المتعاقدين فيكون

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤٠ ص ٤٩-٥٠

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى مجوعة الاعمال التحضيرية، ٤ ص٤٩.

المستأجر المشترى مبددا إذا تصرف فى المبيع قبل الوفاء بالثمن، ويستطيع المؤجر البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المستأجر – المشترى[1].

ونحن نرى أن تنظيم التقنين المدنى المصرى للبيع الإيجارى وإعطائه حكم البيع بالتقسيط مصادرة على حرية المتعاقدين فى تحقيق أهداف معينة تقصر عن تحقيقها الوسائل الأخرى. وكان الأحرى بالمشرع أن يأخذ طبيعة هذا العقد فى الإعتبار، باعتباره ايجارا وبيعا، ويحاول أن يضع القواعد التى تتسق مع هذه الطبيعة وتتمشى مع مايسعى اليه المتعاقدون من أهداف مع كفالة الحماية اللازمة لهم وللغير.

٢- مدي الضمان الذي يحققه الإيجار المقترن بوعد بالبيع.

لم ينظم المشرع المصرى، وكذلك المشرع الفرنسى، هذا العقد تنظيما قانونيا تفصيليا وإنما يخضع هذا العقد للقواعد العامة فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى، مع الأخذ فى الاعتبار التنظيم العرضى لهذا العقد بصدد حماية المقترضين فى المجال العقارى فى فرنسا على النحو الذى سيأتى بيانه.

فى هذا الصدد نجد أن المتعاقدين يبرمان ايجارا محضا ولكنه مقترن بوعد بالبيع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته فى الشراء خلال مدة الإيجار. يتضمن هذا العقد ثمنا جديا ومستقلا للعين الموعود ببيعها عن أقساط الأجرة وهذا الثمن يتناسب مع قيمة العين بالإضافة الى عائد للمؤجر والمصروفات التى تكبدها فى إبرام وتنفيذ العقد على النحو السابق بيانه.

وهنا نكون بصدد عقد إيجار مقترن بوعود البيع لا عقد بيع بالتقسيط

---

(١) انظر Ph Malaurie, L. Aynès Les sûretés , op.cit., no. 756, p. 244.

ويترتب على ذلك أن الملكية لا تنتقل الى المستأجر – المشترى وإنما يبقى المؤجر – البائع محتفظابها. وعلى ذلك إذا تصرف المستأجر – المشترى فى العين المؤجرة كان مبددا كما أنه إذا أفلس المستأجر – المشترى إسترد المؤجر– البائع العين المؤجرة من التفليسة.

فإذا أظهر المستأجر رغبته فى شراء العين ، إنتهى عقد الإيجار وتم عقد بيع ينقل الملكية الى المشترى من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعى الى وقت الإيجار، وزال التزام المستأجر– المشترى بدفع الأجرة وحل محله التزام المشترى بدفع الثمن المتفق عليه، مع الأخذ فى الإعتبار الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن، والمقدم المدفوع أو تعويض عدم التصرف وغير ذلك مما يدخل فى ثمن العين، ويكون الثمن مضمونا بحق امتياز على المبيع.

كما أنه لو هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار بقوة قاهرة فإن تبعة الهلاك تقع على المؤجر – البائع وينفسخ عقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع ويجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيجب أن يرد المؤجر – البائع ما تقاضاه من حساب الثمن من خلال دفع الأجرة ورد المقدم وتعويض عدم التصرف وبصفة عامة كل ما تقاضاه على إعتبار العقد بيعا.

علاوة على ذلك يتحمل المؤجر البائع الأعباء والتكاليف الضريبية المفروضة عليه بإعتباره مالكا للعين.

وفى النهاية يستطيع أن نسجل أن الحياة العملية فى مصر تعرف فى الوقت الحاضر فى مجال العقارات المبنية صورا ممسوخة لهذين العقدين وذلك نتيجة للتحايل على القانون والالتجاء الى تشكيل إتحادات صورية للملاك، ولذلك نحن نرى أنه من الأفضل أن يتدخل المشرع المصرى وينظم هذين العقدين تنظيما مفصلا ومستقلا مراعيا فيه الطبيعة لخاصة لكل منها وتحقيق الحماية اللازمة للاطراف والغير.

ثانيا: مسلك المشرع الفرنسي في تنظيم هذين العقدين

عندما قام المشرع الفرنسى بتنظيم حماية للمقترضين فى المجال العقارى بالقانون رقم ٥٩٦ - ٧٩ فى ١٣ يوليو ١٩٧٩ قد خصص الفصل الثالث لعقود البيع الإيجارى والإيجار المقترن بوعد بالبيع الواردة على عقارات مخصصة للسكنى.

ويستبعد من نطاق هذا القانون العقود الواردة على الاراضى والعقود التى يكون المستأجر فيها شخصيا معنويا من أشخاص القانون العام، أو المستأجر الذى يعمل فى نطاق نشاط مهنى.

ومن حيث الالتزامات على عاتق البائع - المؤجر فقد نصت عليها المواد ٢٢-٢٩ من هذا القانون. وهذه الالتزامات تدور حورل محاور ثلاثة:

١- الاخطار المسبق للمستأجر

٢- الترابط بين العقود العقارية وعقود القروض

٣- تحديد الشروط الجزائية

وعلى ذلك نجد أن المشرع قد كفل الحماية للمستأجر قبل توقيع العقد وبعد توقيعه.

١- الحماية المقررة للمستأجر قبل توقيع العقد

تقوم هذه الحماية على الإخطار المسبق للمستأجر، وتحديد مضمون العرض، وفرض المشرع الترابط بين العقود.

أ- إخطار المستأجر: هذا الاخطار يتضمن إعلانا للمستأجر، كما يلزم أن يتضمن هذا الاعلان العرض المطروح على المستأجر.

(١) الإعلان: يجب أن يتضمن هذا الاعلان شخص المؤجر، وطبيعة ومحل العقد دون أن يكون هناك أى تحديد بالأرقام. أما إذا تضمن الاعلان ارقاما

معينة أصبح إعلانا بعملية معينة ينبغى أن يذكر فيه مدة الإيجار وكذلك التكلفة السنوية والتكلفة الإجمالية للعملية والمقصود بالتكلفة السنوية هنا تكلفة الأجرة وتوابعها فى الإيجار وليس التكلفة السنوية للبيع. أما بالنسبة للتكلفة الإجمالية للعملية، فإنها تتعلق بكل من الإيجار والبيع[1]،

(٢) **العرض السابق للعقد:** هذا العرض يجب أن يكون مكتوبا وأن يسلم وأن يرسل مجانا مقابل إيصال، هذا من حيث الشكل، أما من حيث المدة، يجب الإبقاء على العرض على الأقل مدة ثلاثين يوما اعتبارا من استلام المستأجر وعلى المستأجر ألا يقبل العرض إلا بعد عشر ايام من تاريخ استلامه وهذا القبول يجب أن يكون مكتوبا ايضا ويسلم أو يرسل مقابل إيصال.

ويحظر دفع أية مبالغ قبل قبول العرض. ويقصد بذلك، الودائع، أو الكمبيالات، أو الشيكات، أو أى ترخيص بالخصم من الحساب البنكى أو البريد لصالح المؤجر ولحسابه[2].

من حيث مضمون العرض: يجب أن يتضمن العرض على البيانات المشتركة فى عقد البيع الإيجارى وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع. وبيانات خاصة بهذا العقد الأخير.

- **بالنسبة للبيانات المشتركة**، يجب أن يذكر شخصية الأطراف، وطبيعة ومحل العقد، وكذلك أوصافه، وبصفة خاصة ما يتعلق بتواريخ وشروط تسليم الشىء، والمبالغ الأولية المدفوعة ومبالغ الأجرة وكذلك كيفية تحديد الثمن بربطة بمؤشرات معينة[3].

---

(1) P. Lancereau, op.cit., no. 12, p. 25 et 26.

(2) P. Lancereau, op.cit., no. 13, p. 26.

(3) P. Lancereau, op.cit, no. 12, p.26

ويبدو من هذا العرض أنه ينبغى أن يلحق بالعرض مشروع بالعقد (او بالعقود) المراد ابرامها.

أما **بالنسبة للبيانات الخاصة** بالعرض فى عقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع يجب أن تتضمن هذه البيانات، شروط إعلان الرغبة، وتكلفتها، وشروط تكلفة عدم تنفيذ العقد(١).

ب- الترابط بين العقود:

تنص المادة ٢٨ على أنه فى حالة الإيجار المقترن بوعد بالبيع، فإن إعلان الرغبة يتم معلقا على شرط واقف، المنصوص عليه فى المادة ١٧ هذا الشرط الواقف هو الحصول على القرض أو القروض اللازمة لتمويل عملية إكتساب الملكية. كما تنص المادة ١٦ على أن التصرف المكتوب، والمتضمن الوعد بالبيع من جانب واحد، والمقبول... يجب أن يبين إذا كان الثمن المدفوع قد تم عن طريق قرض أو عدة قروض.

أما بالنسبة للبيع الإيجارى فإن الأمر يتعلق ببيع وبالتالى فإن الشرط الواقف الوارد فى نص المادة ١٧ ينطبق عليه، تطبيق هذا الشرط لا يثير أدنى مشكلة بالنسبة للبيع الإيجارى حيث أنه يلحق بالعقد منذ البداية. على العكس من ذلك بالنسبة للإيجار المقترن بوعد بالبيع حيث أن عدم تحقق الشرط الواقف يؤدى إلى ازاله مركز قانونى موجود. ولذلك تنص المادة ٢/٢٨ على أنه عند عدم تحقق الشرط، يكون المؤجر ملزما برد كل المبالغ المدفوعة من جانب المستأجر باستثناء الأجرة ومصاريف المحافظة على الشىء.

علاوة على ذلك فإنه توجد تبعية عكسية تنص عليها المادة ٩ من القانون.

---

(1) Ibid.

حيث أن صحة القرض تتوقف على إنعقاد عقد البيع الإيجارى وعلى إظهار الرغبة فى الوعد بالبيع المسبوق بإيجار فى خلال مدة ٤ أشهر[1] .

٢- الحماية المقررة للمستأجر بعد توقيع العقود وعند عدم تنفيذه

نجد أن المادة ٢٧ والمادة ٢٩ من هذا القانون، وكذلك الفقرات الأخيرة من المواد ٢٤ ، ٢٥ تحدد الآثار المالية بالنسبة للمستأجر فى حالة إخلاله المحتمل بالتزاماته.

لكن بالمقصود باخلال المستأجر؟

فى الواقع ربما يكون إخلاله بالتزامه كمستأجر، أو اخلاله بالتزامه كمشترى أو بالاثنين معا.

فاذاكان مخلا بالتزاماته كمستأجر، فإنه سيكون كذلك، على وجه الاحتمال باعتباره مشتريا. لكن العكس غير مؤكد، إذ يمكن أن يدفع الأجرة وباقى الاعباء ويكون غير قادر على إتمام البيع أو إظهار الرغبة فى الشراء.

- جزاء عدم تنفيذ الإيجار:

ويبدو أن المادة ١/٢٧ تتعلق باخلال المستأجر فى خصوص عقد الإيجار هذه المادة تنص على أنه فى حالة إخلال المستأجر فى تنفيذ احد العقود الخاضعة لهذا الفصل، فإن المؤجر له الحق فى أن يشترط، علاوة على دفع الأجرة المستحقة والتى لم تدفع، تعويضا، مع عدم الإخلال بتطبيق المادة ١١٥٢ مدنى، لا يتجاوز مبلغا معينا يعتمد على المدة المتبقية من العقد ويحدد طبقا لمعيار يبينه مرسوم.

وواضح هنا أن الأمر يتعلق بجزاءات عن عدم تنفيذ الإيجار وليس عن عدم تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع. فما هى إذن هذه الجزاءات؟

---

(١) انظر فى تفصيل اكثر P Lancereau, op.cit., no. 15 p. 27.

- جزاء عدم تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع:

هذه الجزاءات توجد فى العمل فى شكل عدم رد المقدم المدفوع طبقا لعقد البيع أو الوعد بالبيع، أو تعويض عن عدم القابلية للتصرف، أو حتى عدم إسترداد إلا جزءا من الأجرة التى تقابل الوفاء الجزئى بالثمن.

والفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ تنص على أنه ينبغى أن يتضمن العرض شروط وتكلفة عدم تنفيذ البيع. وواضح أن المادة تسمح بأن يكون لعدم تنفيذ البيع تكلفة بالنسبة للمستأجر .وذلك بصفة خاصة فى نطاق الوعد بالبيع. وسيكون من غير الطبيعى الا يترتب على إخلال المستأجر بالبيع أى جزاء وهذا يعتبر وجها من أوجه القصور والتناقض لهذه النصوص[١]. إذا أنها لم تبين حدود معينة لهذا التعويض. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ- رد الجزء من الأجرة المقابل للوفاء بالثمن في حالة عدم تنفيذ البيع او الوعد بالبيع.

هذا الرد نصت عليه المادة ٢/٢٧ **بالنسبة للبيع الإيجاري** بقولها أن المؤجر لا يستطيع أن يشترط تسليمه الشيء إلا بعد رد الجزء من المبالغ المدفوعة كمقابل لقيمة الشيء.

ولم يرد نص خاص بالإيجار المقترن بوعد بالبيع لكن يذهب الفقه الى مد هذا الحكم على هذا العقد على سبيل القياس[٢].

ب- عدم استرداد المقدم أو تعويض عدم القابلية للتصرف في حالة عدم تنفيذ البيع.

يتم عقد البيع الإيجارى فى صورة عقد بيع عرفى. هذا العقد يعتبر عقدا

---

(١) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 16 p. 27, 28.

(٢) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 17 p. 28.

نهائيا بالنسبة لأطرافه، ويستطيع البائع متابعة تنفيذ العقد. وفى حالة إمتناع المشترى عن إبرام العقد فى شكله الرسمى يستطيع البائع أن يقاضيه، ولكن هذا يتم من الناحية النظرية، إذ أن تخلف المشترى لا يرتب إلا جزاء يتمثل فى دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض، ولذلك غالبا ما ينص على شرط جزائى فى العقد العرفى ذاته.

وينص بصفة عامة فى الوعد بالبيع على أن يدفع مقدم يمثل ٥-١٠ ٪ من الثمن الإجمالى، ويكون للبائع حق الاحتفاظ به فى حالة عدم إظهار الرغبة من جانب المشترى خلال المدة المحددة.

الخلاصة: إن قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ صامت بصدد الجزاء الموقع على المستأجر المتقاعس فى تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع، أو بمعنى أدق لا يوجد هناك حد معين منصوص عليه فيما يتعلق بالتعويض المستحق فى هذه الحالة. وخاصة وأن المشرع قد ترك للأطراف الاتفاق على تكلفة عدم تنفيذ البيع بشرط وحيد هو أن يحدد ذلك فى العرض المقدم إلى المستأجر.

لكن يمكن التأكيد على مايلى:

١- إن جزاء إخلال المستأجر بالوعد بالبيع معترف به من جانب القانون: صراحة فى الفقرة الأخيرة، من المادة ٢٤ حيث تنص على أنه ينبغى أن يحدد العرض تكلفة عدم تنفيذ البيع ضمنا، فى المادة ٢/٢٨ حيث أنها تنص على أنه عندما يتخلف الشرط الواقف المتعلق بالتمويل، وبالتالى لم يظهر المشترى رغبته، فإن المؤجر يكون حينئذ ملزما برد كل المبالغ المدفوعة من جانب المستأجر باستثناء الأجرة ومصاريف المحافظة على الشيء.

٢- يمكن القول فى نفس الإطار أنه بصدد رد المبالغ الزائدة عن الأجرة

فان المشترى الذى لايقوم بمتابعة إتمام البيع العرفى لايمكن أن يعامل بطريقة أفضل فيما يتعلق بالجزاءات من المشترى الذى لا يتم مجرد الوعد بالبيع.

ولذلك يمكن أن نسجل اسفنا على أن هذه النصوص غير محددة وما يترتب على ذلك من توقيع جزاء جنائى على مخالفة نص مدنى غير محدد[١].

فى النهاية قد نص المشرع فى المبحث الثالث على جزاءت جنائية متنوعة لإخلال المؤجر ببعض التزاماته فى المواد من ٣٠ الى ٣٤[٢].

---

(١) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 19, p. 29.

(٢) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 21, p.29

الفصل الثاني

نقل الملكية علي سبيل الضمان

تعرضنا فى الفصل السابق للاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وفى هذا الفصل سنرى صورة أخرى لتوظيف الملكية كوسيلة للضمان: صورة نقل الملكية على سبيل الضمان. وللوقوف على مدى ما يحققه نقل الملكية من ضمان سنعرض لتطبيقين من تطبيقات نقل الملكية على سبيل الضمان، الأول خاص ببيع الوفاء، والثانى خاص بالتصرف الإئتمانى، لنر ذلك بشئ من التفصيل فى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: بيع الوفاء

Vente à réméré

وفى هذا المبحث سنعرض فى مطلب أول لفكرة بيع الوفاء للتعرف على آلية هذا النظام، ثم نعرض فى مطلب آخر لمدى مايحققه بيع الوفاء من ضمان.

المطلب الأول: فكرة بيع الوفاء وجوهره

فى هذا المطلب نبين أولا ماهية بيع الوفاء وحكمه، ثم نقوم بتمييزه عن البيع المعلق على شرط فاسخ بصفة عامة، لم لذلك من أهمية فى البلدان التى حظرت هذا النوع من البيوع.

أولا: ماهية بيع الوفاء وحكمه

ونود أن نقف هنا على المقصود ببيع الوفاء وبالتالى التعرف على أركانه وشروطه وصحته وكيفية عمله ثم بعد ذلك نبين حكم بيع الوفاء فى القانون المصرى.

١- المقصود بيع الوفاء وكيفية عمله

يمكن أن نعرف بيع الوفاء بأنه عقد بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق إسترداد الشيء في مقابل رد الثمن الأصلي والمصروفات خلال مدة معينة[١].

وبيع الوفاء يعد وسيلة من وسائل الضمان التي تعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان. فالمالك يتجرد عن ملكه لدائنه، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ، هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن فينفسخ العقد ويعود المبيع الى ملك البائع بأثر رجعي.

وعلى ضوء ذلك نجد أن أركان بيع الوفاء هي أركان أي بيع آخر، رضاء المتعاقدين والمبيع والثمن، ولا يشترط التسليم، وهذا البيع هو بيع معلق على شرط فاسخ أن يرد البائع الى المشترى المبالغ التي يتفق عليها - وهي غالبا الثمن والمصروفات[٢] - في مدة معينة. فإذا تحقق هذا الشرط إنفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن، ورجع المبيع الى ملك البائع وإعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلا.

وحتى يعتبر الشرط الفاسخ صحيحا يجب توافر أمرين: ١- أن يكون الشرط معاصرا لعقد البيع ولو لم يكن مذكورا في عقد البيع ذاته، فالمعاصرة الذهنية تكفي، فاذا تخلف الشرط عن عقد البيع فان البيع ينعقد باتا، ويكون الشرط اللاحق إما وعدا بالبيع أو بيعا معلقا على شرط واقف تبعا لنية المتعاقدين[٣].

---

(١) هذه المدة كانت في التقنين المدني المصري السابق خمس سنوات والتقنين المختلط سنتان أما في التقنين المدني الفرنسي فهي خمس سنوات، انظر السنهوري، الوسيط، ج٤، المجلد الأول فقرة ٨٣ ص١٥٨. وفي القانون اللبناني ثلاث سنوات (م ٤٧٤ موجبات وعقود).

(٢) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، ج٤، المجلد الأول، فقرة ٨٥ ص ١٦١، ١٦٢.

(٣) انظر في تفصيل ذلك السنهوري المرجع السابق فقرة ٨٠ ص ١٥٢

٢- إلا تزيد المدة التى يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات فى التقنين المدنى المصرى السابق والتقنين الفرنسى.

ويستعمل البائع حق الاسترداد بمجرد إظهار البائع للمشترى إستعداده أن يدفع له فورا الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بالإرداة المنفردة من جانب البائع يعلن فيها رغبته فى استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات. وهذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسى. ويعتبر القضاء الفرنسى[١] أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقا على شرط واقف، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشترى فعلا الثمن والمصروفات فان لم يردها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشترى ملك المبيع باتا ويأمن بذلك مزاحمة دائنى البائع.

فى مصر فى ظل التقنين المدنى السابق يذهب القضاء والفقه الى الأخذ بهذا الرأى.

٢- بطلان بيع الوفاء في التقنين المدني المصري:

فى التقنين المدنى الحالى تنص المادة ٤٦٥ على أنه إذا إحتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، وقع البيع باطلا[٢].

ثانيا: تمييز بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ

أهمية هذا التمييز ترجع إلى أن بيع الوفاء، وهو بيع معلق على شرط فاسخ، يعتبر باطلا فى التقنين المدنى الحالى، لكن فيما عداه من بيوع أخرى معلقة على شرط فاسخ تعتبر صحيحة. لذلك وجبت التفرقة لتحديد منطقة بيع الوفاء حتى يختص وحدة بالبطلان.

---

(١) انظر فى اختلاف الفقه حول المسألة السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٨٤، ص١٦٠

(٢) انظر فى تبرير الاخذ بهذا الحكم المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص ١٦٣ ومابعدها.

أول مؤشر للتفرقة بينهما هو مدى تعلق الشرط الفاسخ بارادة البائع، لأن شرط الوفاء يتعلق حتماً بإرادة البائع، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن عن إرادته فى الاسترداد. وعلى ذلك إذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفائياً، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً. مثال ذلك أن يبيع موظف داراً له فى الإسكندرية، ويعلق البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكناها. فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً، أو إذا باع شخص دار وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وبإرادة الزوجة، فلا يكون شرطاً وفائياً ويكون البيع المعلق عليه صحيحاً[١].

لكن قد يدق الأمر ويكون الشرط الفاسخ متعلقاً بإرادة البائع، حيث أن هناك شرطاً من هذا القبيل، مع ذلك لا يعتبر شرطاً وفائياً ويبقى معه البيع صحيحاً. يكون الشرط كذلك إذا كان القصد منه التروى مثال ذلك أن يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى لنفسه فسحة من الوقت يتروى فيها، كالبيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط أما إذا كان البائع قد جعل لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد الثمن. ففى هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل ويبطل معه البيع.

ولا يعتبر بيع وفاء من الناحية الفنية البيع الذى يعقبه وعد من جانب المتصرف إليه بإعادة البيع[٢]. أو الوعد بالبيع من جانب المالك والمقترن بوعد

(١) انظر السنهورى، المرجع السابق فقرة ٨٨ ص ١٦٧.

(2) Tr. com. siene, 8 déc, 1948, Gaz. Pal. 1949. I. 134 R. 501, 197, note J. Carbonnier.

مقابل من جانب المستفيد بإعادة البيع، هذه العمليات تؤدى إلى نتيجة مشابهة تقريباً لبيع الوفاء ولكنها لا تخول أصحاب الشأن إلا حقوقاً أضعف بكثير مما يخوله بيع الوفاء حيث لا يكون لهم بمقتضى هذه التصرفات إلا حقوق شخصية[1].

المطلب الثاني

مدى ما يحققه بيع الوفاء من ضمان

وسنعرض هنا لدور نقل الملكية على سبيل الضمان، ثم نبين بعد ذلك الجوانب السلبية لمثل هذه العملية.

أولاً: نقل الملكية على سبيل الضمان

يعتبر بيع الوفاء فى البلدان التى تجيزه وسيلة من وسائل الائتمان فالمقترض ينقل إلى المقترض ملكية مال يخصه (عقاراً أو منقولاً)[2]، على سبيل الضمان. ففى الحقيقة الثمن المتفق عليه ليس إلاقرضاً. إذا رد البائع - المقترض القرض - الثمن فى تاريخ الاستحقاق يفسخ البيع، وإلا تظل الملكية باتة للمتصرف إليه، المقرض، وفى هذه الحالة تبرأ ذمة البائع. - المقترض.

والفائدة المباشرة لبيع الوفاء أن يكون الدائن بمنأى عن إعسار أو إفلاس المدين، وذلك لأن ملكية المال الذى يعادل ثمنه الائتمان الذى منحه للمدين قد انتقلت إليه وبالتالى لا يتعرض لمزاحمة دائنى المدين.

---

(1) P.h. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op. cit., no. 725, p. 237 et 238.

(2) J. B. Heinrich, la vente à réméré d'obligation, J.C.P.N., 1985, I, 279.

ويمتاز بيع الوفاء عن كل من الرهن الرسمى، والحيازى، فهو يمتاز على الرهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك فى يد المشترى فانه يهلك عليه دون البائع، أما إذا هلك الشىء المرهون فى يد المرتهن فانه يهلك على الراهن دون المرتهن. كما أن المشترى فى بيع الوفاء لاشأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع، أما الدائن المرتهن فله عدا حقه العينى على الشىء حق شخصى يضمنه جميع أموال الراهن، ويمتاز بيع الوفاء عن الرهن الرسمى بهاتين الميزتين بالإضافة الى مايمتاز به من أنه لا حاجة فيه الى ورقة رسمية، فى الرهن الرسمى هذه الورقة شرط انعقاد، وبأنه يجوز فى العقار والمنقول، بينما الرهن الرسمى لايجوز إلا فى العقار[1]. علاوة على أن بيع الوفاء يجنب المشترى طول وتعقيد الاجراءات التى يتعرض لها الدائن المرتهن عند مباشرة حقه فى الأولوية أو التتبع.

ثانيا: الجوانب السلبية

يتضح مما سبق أن بيع الوفاء يجرد البائع من ملكية الشىء وحيازته وما يترتب على ذلك من تبديد للقدرة الائتمانية للمدين. وذلك على خلاف الرهن الرسمى الذى لا يترتب عليه أى تجريد للراهن من الملكية أو الحيازة. وكذلك الرهن الحيازى الذى لا يترتب عليه تجريد الراهن من ملكية وإنما فقط من حيازة الشىء المرهون.

ولذلك قد أعتبر بلانيول Planiol بيع الوفاء كأسوا نظام للإئتمان مقدر له أن يختفى[2]. فبالنسبة للمقرض يتسم نظام بيع الوفاء بالجمود حيث أنه

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 752, p. 237 et 238.

(2) J. B. Heinrich, la vente à réméré d'obligation, J.C.P.N., 1985. I. 279.

يستلزم أن يكون القرض مساويا للثمن مما قد يثير صعوبات عندما تكون قيمة المال لا تقابل المبلغ المدفوع مقدما. بالنسبة للمقترض قد يقصد من وراء بيع الوفاء التخلص من بطلان شرط إمتلاك المرتهن للشيء المرهون عند عدم وفاء الراهن بالدين (م ١٠٥٢ مدنى مصرى وم ٢٠٧٨ مدنى فرنسى) un pacte commissoire وذلك بأن يتخذ الدائن المرتهن سمة المشترى وفاء، ويستطيع بذلك أن يتملك المبيع إذا لم يرد الراهن، وهو البائع وفاء عند الأجل ما اقترض وسماه ثمنا فى بيع الوفاء[١] وبذلك ييسر بيع الوفاء للمتعاقدين وسيلة سهلة للتحايل على أحكام القانون التى تحظر تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء.

ولذلك تقوم المحاكم بالكشف عن هذا التحايل بالاستعانة بعدة وسائل، كتفاهة الثمن المشترط بالمقارنة للقيمة الحقيقية للشىء، وواقعة إعادة تأجير هذا الشىء على الفور الى المتصرف إليه، أو إعتياد نفس الشخص على البيع وفاء[٢].

المبحث الثاني: التصرف الإئتماني

La fiducie

قبل الوقوف على مدى مايحققه التصرف الإئتمانى من ضمان يجب أولا أن نعرض لفكرة التصرف الإئتمانى لبيان كيفية عمل هذا النظام وأهميته.

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ١٤٩.

(2) com., 24 oct. 1956, B. III, no. 257, Gaz. Pal. 57. I. 128.

المطلب الأول: فكرة التصرف الإئتماني

وللوقوف على جوهر وحقيقة التصرف الإئتمانى يجب أن نرجع الى أصل نشأته وتطوره التاريخى، ثم بعد ذلك نعرض للتعريف بالتصرف الإئتمانى.

أولا - التطور التاريخي للتصرف الإئتماني

ترجع نشأة التصرف الائتمانى فى القانون الرومانى أساسا إلى عدم معرفة هذا القانون، فى مراحل تطوره الأولى، للتفرقة بين الشىء والحق الذى يرد عليه من ناحية، وعدم التفرقة بين حق الملكية وغيره من الحقوق العينية الأصلية من ناحية أخرى.

ومن هنا ظهرت الحاجة الى تصرف معين يحقق عدة أغراض لسد هذا النقص سواء فى قانون الأشخاص أو قانون الأموال. لذلك نجد أن القانون الرومانى قد عرف نوعين من التصرف الإئتمانى. التصرف الإئتمانى على سبيل الأمانة Fiducia cum amico. والتصرف الإئتمانى على سبيل الضمان fiducia cum creditore[1].

وقد إستخدم التصرف الإئتمانى ليؤدى الأغراض التى تقوم بها الوديعة والعارية فى القوانين الحديثة وذلك عن طريق التصرف الإئتمانى على سبيل الأمانة. وكذلك استخدم لتحقيق الوصية التى يطلق عليه mancipatio familioe.. وغير ذلك من الاستخدامات للتغلب على القوالب والمبادىء الجامدة فى القانون الرومانى[2].

---

(١) انظر فى تفصيل أكثر أحمد ابراهيم حسن، التصرف الائتمانى أو نقل الملكية على سبيل الضمان فى القانون الرومانى، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٩٠، ص٥ ومابعدها.

(٢) أنظر ch. Larroumet, la fiducie inspirée du trust, D. 1990, chr. 119.

وفى مجال قانون الأموال قد لعب التصرف الإئتمانى على سبيل الضمان دورا هاما باعتباره أول نوع من أنواع التأمين العينى الذى ظهر فى القانون الرومانى. وذلك لأن العقلية القانونية وكذلك الصياغة القانونية لم تكن قد ارتقت بعد الى حد الفصل بين الملكية والحيازة. فقد كان حق الملكية يختلط بالشىء الوارد عليه وبالتالى كان النظر الى الملكية على إعتبار انها السيطرة المادية على الشىء أكثر من كونها حق ولذلك كان من المتعذر فصل الملكية عن الحيازة، وأصبح من المحتم أن من تنتقل اليه السيطرة المادية على الشىء يكون مالكا له[1].

وقد كان التصرف الإئتمانى على سبيل الضمان فى القانون الرومانى يتمثل فى قيام المدين بنقل ملكية الشىء الى الدائن بالطرق العادية لنقل الملكية فى القانونى الرومانى la mancipatio ou l'in jure cessio مع التزام الدائن بمقتضى الاتفاق الائتمانى pactum fiduciae بإعادة نقله للمدين مرة أخرى عند وفائه بالدين المضمون.

فى القوانين الحديثة لم يختف التصرف الإئتمانى على سبيل الضمان بل قد أصبح هذا التصرف الذى يسمى فى القانون الالمانى Sicherungstreuhand أكثر التأمنيات العينية الواردة على منقول شيوعا بالرغم من غياب التنظيم التشريعى له فى هذا القانون[2].

كما أن القانون الفرنسى الحديث قد عرف بعض التطبيقات المحدودة

(١) قارن أحمد حسن، المرجع السابق، ص ١٠ وإنظر فى الاسباب الأخرى التى أدت الى ظهور هذه الوسيلة من التأمين العينى في العصور القديمة ص ٩ ومابعدها.

(2) C. Witz, la fiducie sûreté en droit français, in l'évolution du droit des sûretés, Rev. jur. com. févr 1982, 67.

لهذه الفكرة[1]. وكذلك النظم الانجلو امريكية قد عرفت ايضا نظاما مشابها للتصرف الائتمانى يطلق عليه اسم le Trust [2].

لكن ماهو المقصود بالتصرف الإئتمانى فى القوانين الحديثة؟ وما هى مزاياه بالمقارنة للرهن الحيازى وما هو الفرق بينه وبين بيع الوفاء؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانيا: التعريف بالتصرف الإئتماني

ونقصد بذلك معرفة ما إذا كان التصرف الائتمانى قد إحتفظ بنفس خصائصه وسماته التى كانت له فى القانون الرومانى. وهل مازالت هناك حاجة له رغم إفتقاد هذا التصرف لعله وجوده بظهور التأمينات فى القوانين الحديثة. هذا ما سنعرض له فى الفقرات التالية.

١- ماهية التصرف الإئتماني وخصائصه

التصرف الإئتمانى عقد بمقتضاه يتصرف شخص الى آخر فى مال معين على سبيل الضمان لحق معين على أن يلتزم المتصرف اليه بنقل ملكية هذا المال مرة أخرى الى المتصرف إذا لم يكن هناك محل على الاطلاق لعمل هذا الضمان[3].

---

(1) C. Witz, la fiducie en droit privé français, th. Strasbourg, préface D. Schmidt, Economica 1980.

(2) Ch. Larroumet, op.cit., no. p.119.

(3) C. Witz, rapport précité, P. 67.

قارن التعريف الوارد في نص المادة ٢٠٦٢ من مشروع القانون الذي يهدف إلى تضمين الكتاب الثالث من التقنين المدنى الفرنسى عنوان خاص بالتصرف الائتمانى فى المواد ٢٠٦٢ ومابعدها. هذا التعريف الوارد في المشروع يمكن أن يتفق مع التصرف الائتمانى المعروف فى القانون الرومانى، ومع ذلك هناك نصوص أخرى فى المشروع لا يمكن فهمها إلا علي ضوء Le Trust المعروف فى القانون الانجليزى.فقد عرف المشرع التصرف الائتمانى بأنه «عقد ينتقل بمقتضاه مجموعة من الأموال من ذمة =

وقد ظهرت الحاجة الى نقل الملكية على سبيل الضامن بعد ما تعرضت التأمينات العينية لعدة إنتكاسات. ويعتبر ظهور التصرف الإئتمانى وسيلة لمواجهة الحاجة الى ضمان قوى لا يعرض صاحبه للمخاطر التى يتعرض لها صاحب التأمين العينى فى حالة إفلاس المدين فى الوقت الحاضر في تشريعات بعض الدول. وقد كان ذلك هو السبب ايضا وراء ظور وسائل اخرى الى جانب التصرف الائتمانى لا تعتمد على نقل الملكية ولكن اعتمدت على الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان لتحيق نفس الأهداف ايضا على النحو السابق بيانه[١].

ويتميز التصرف الإئتمانى كوسيلة للضمان على الرهن الحيازى الوارد على القيم المنقولة بالذات من حيث وسائل تنفيذ الضمان وكذلك من حيث ممارسة حق التصويت الذى تعطيه الأسهم[٢].

= المتصرف الائتمانى Constituant إلى ذمة شخص آخر هو المتصرف إليه الائتمانىFiduciaire والعقد يحدد السلطات المقررة للمتصرف إليه الائتمانى على هذه الأموال. وعلى المتصرف الائتمانى أن يحتفظ بهذه الأموال كمجموع مستقل فى ذمته بعيدا عن أيدى دائنيه الشخصيين. انظر فى ذلك-Ch. larraumet. La fiducie inspiré du trust, D. 1990, chr 119; ch. Pisants la fiducie, Rep. Not. 1990. I . 535 art 34772; M. Grimaldi, la fiducie réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacré,Rep. Not. 1991. I. 897, art. 35085 et 1991. I. 961 art. 35094; M. Cantin. cuimyn, l'avant - projet - de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre - atlantique. D. 1992. chr. 117.

(١) أنظر فى هذا الربط بين هذه الوسائل.
J. Derruppé, de la fiducie au crédit - bail, Ed., Ellul, P.U.F. 1983, P. 449 - 457.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك: C. Witz, Thèse précitée, no. 208 et s.

٢- تمييز التصرف الإئتماني عن بيع الوفاء

إذا كان الهدف النهائى من كل منهما واحدا وهو نقل الملكية على سبيل الضمان، إلا أن هناك فروقا جوهرية بينما فى الوسائل الموضوعة لادراك هذا الهدف.

فى بيع الوفاء نجد أن جميع أركان عقد البيع مجتمعة من رضاء المتعاقدين والمبيع والثمن، كل ما هنالك أن هذا البيع معلق على شرط فاسخ هو رد البائع الثمن وملحقاته.

أما التصرف الائتمانى لاشأنه له بالبيع لأن المتصرف اليه لم يدفع أى ثمن ولكن نقل الملكية يتم على سبيل الضمان، أى فى مقابل منح الإئتمان للمدين الائتمانى. كقرض يمنحه المتصرف اليه. ولذلك لا يعتبر الثمن ركنا جوهريا فى التصرف الائتمانى. وعلى هذا فان منح الضمان فى التصرف الائتمانى يتم بوسيلة مستقلة ومنفصلة عن رابطة الالتزام على عكس بيع الوفاء الذى يتضمن فى ذاته العملية الإئتمانية ووسيلة ضمانها(١). ولهذا فإن التصرف الإئتمانى أقرب الى التأمينات العينية منه إلى البيع. وكذلك فإن التصرف الائتمانى لا يتضمن اى حد أقصى للمدة التى يصح فيها الاسترداد كما هو الشأن فى بيع الوفاء.

فالتصرف الإئتمانى يعتبر عملية فى غاية القدم، وكانت العلة من وجودها أساساتحقيق الضمان اللازم للدائن ولذلك فهو يعتبر الاساس لكل التأمينات العينية(٢). ولذلك نجد الالتجاء الى التصرف الائتمانى كان نادرا نتيجة لتطور الوسائل القانونية والفنية التى تحقق نفس الغرض وبطريقة

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك المقدمه ص ٩ ، ١٠

(2) J. Derruppé, op.cit.

أفضل، كالرهن الحيازى والرهن الرسمى[1]، إلى أن حدثت تطورات جديدة جعلت التصرف الائتمانى محل إهتمام فى التشريعات الحديثة[2].

وقد ترتب على الاختلاف فى الطبيعة بين بيع الوفاء والتصرف الإئتمانى بروز إختلافات جوهرية فى أنظمتها القانونية. كما سنرى فى الفقرة التالية.

المطلب الثاني - مدي مايحققه التصرف الائتماني من ضمان

ونعرض فى هذا المطلب لنقل الملكية على سبيل الضمان، ثم ندرس تطبيقا حديثا للتصرف الائتمانى فى القانون الفرنسى لنقف على مزايا هذه الوسيلة فى الضمان.

أولا: نقل الملكية علي سبيل الضمان

يترتب على التصرف الائتمانى نقل ملكية الشىء الى المتصرف اليه. لكن نقل الملكية فى هذا التصرف ليس مقصودا فى ذاته وإنما لتحقيق غاية أخرى وهى الضمان. وقد إنعكست هذه الطبيعة على أحكام التصرف الائتمانى ذاتها.

وهذه الطبيعة الخاصة للتصرف الائتمانى تؤدى الى التساؤل عما إذاكان يعتبر حق ملكية الشىء الناشىء عن التصرف الائتمانى مختلفا عن حق الملكية فى شكله العادى؟

السبب فى هذا التساؤل أن ملكية الدائن لا تصبح ملكية باتة ونهائية إلا إذا تخلف المدين عن الوفاء بما عليه من دين أو لم ينقض هذا الدين بأى سبب من أسباب الانقضاء الأخرى. أما فى غير ذلك من الحالات فإنه يجب أن

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 753.

(2) C. Witz, Thèse, précitée et rapport précité; ch.Larroumet, op.cit.

تعود ملكية الشيء محل التصرف الائتمانى الى المدين مرة أخرى بمقتضى الالتزام بالرد الناشيء عن هذا التصرف[١].

فى الواقع أن حق الدائن الائتمانى فى ملكية الشيء محل التصرف الائتمانى لا يختلف عن الصورة العادية لحق الملكية، كل ماهنالك أن المالك الائتمانى يكون مقيدا فى ممارسة حقه بالالتزامات الناشئة عن الاتفاق الائتمانى. ويرجع عدم استقرار حق الملكية للدائن الى أن الملكية خرجت عن وظيفتها الرئيسية باعتبارها حقاً عينياً أصلياً مقصود فى ذاته ولذاته لتقوم بدور التأمين وتأخذ صفة الحق العينى التبعى. ولذلك أصبح مصير حق الملكية مرتبطا بالوفاء بالدين المضمون.

ويترتب على التصرف الائتمانى أن يصبح الدائن الائتمانى مالكا للشيء محل التصرف ويستطيع أن يتصرف فيه للغير ويكون هذا التصرف نافذا فى حق المدين الذى فقد كل حق عينى على الشيء. لكن إذا قام المدين بالوفاء بالتزامه بعد ذلك فإن الدائن لا يستطيع ان يرد اليه الشيء محل التصرف الائتمانى وبالتالى يصبح مسئولا أمام المدين.

فمصدر قوة التصرف الائتمانى تكمن فى أن الدائن الائتمانى لم يعد يخشى أى شيء على حقه ولكن اصبح المدين هو الذى يخشى عدم استطاعته استرداد الشيء محل التصرف الائتمانى فالدائن يقع على عاتقه مجرد التزام شخصى بالرد ناشيء عن التصرف الائتمانى. هذا الالتزام التزام بعمل عند عدم تنفيذه يتحول الى دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض[٢].

(١) أنظر فى إنقسام فقهاء القانون الرومانى حول تحديد طبيعة هذا الحق، أحمد حسن، المرجع السابق، ص ٧٤.

(2) J. Derruppé, op.cit., p. 450 et 451.

وفى حالة إفلاس المدين فان الدائن لا يخشى شيئا حيث أن الشىء محل التصرف الائتمانى قد إنتقلت اليه ملكيته ولم يعد يدخل فى الضمان العام للمدين ولم يتعلق به حقوق الدائنين، وبالتالى لا يتعرض الدائن لأى مزاحمة من أحد. فالملكية هنا تمثل ضمانا قويا ضد مخاطر إعسار أو إفلاس المدين.

ثانيا: تطبيق حديث للتصرف الائتماني في القانون الفرنسي

فى فرنسا قد ظهر التصرف الائتمانى فى نطاق المعاملات المصرفية خاصة عندما يكون محل الضمان حقا من الحقوق الشخصية. ويرجع تطور التصرف الائتمانى فى هذا المجال الى التعقيدات وعدم الفعالية للرهن الحيازى للديون، حيث أن هذا الرهن يستلزم العديد من الشكليات حتى ينفذ فى حق الغير، كما أنه يثير العديد من الصعوبات عند التنفيذ بحق الدائن. فمثلا لا محل للبيع بالمزاد، كما أنه لا يتصور الحق فى الحبس بالنسبة للرهن الحيازى للدين لتخلف السيطرة المادية على الحق حيث أن الحق محل الرهن معنوى وليس شيئا ماديا. كما أن تنفيذ الرهن الحيازى يتم عن طريق الوفاء للدائن المرتهن من جانب المدين فى الدين المرهون. ويكفى فى هذ الحالة أن يتلقى وكالة أو إنابة. مع العلم بأن الأمر هنا لا يتعلق بشرط تملك الشىء المرهون عند عدم الوفاء حيث الدائن المرتهن سيقوم بخصم حقه من المبلغ الذى تلقاه ويعيد الباقى الى مدينه. لكن الوكالة تكون عديمة الجدوى فى حالة إفلاس الموكل، أى فى الوقت الذى ستكون فائدتها كبيرة. كما أن الدائن المرتهن للدين يمكن أن نفصل عليه دائن آخر من حيث لا يدرى، كما لو كان هناك دائن صاحب دعوى مباشرة قد رفعها ضد المدين فى الدين المرهون.

ولتجنب هذه الصوبات فى الرهن الحيازى للدين فان القانون الجديد قد طور اشكالا اخرى للضمان الوارد على الدين، وبصفة خاصة التنازل الائتمانى، والذى يعطى الدائن حق الملكية على الدين محل الضمان، وبالتالى فإنه لا يتعرض لمخاطر إفلاس المدين، كما أن تنفيذ هذا الضمان يجنبه التعقيدات التى يصادفها بصدد الرهن الحيازى[1] .

وبذلك يمتاز التصرف الائتمانى عن الرهن الحيازى وعن حوالة الحق العادية ليس فقط من حيث الشكل ولكن ايضا من حيث الآثار.

فبينما الرهن الحيازى لا يكسب للدائن ملكية الحق المرهون، نجد على العكس أن التصرف الائتمانى يخول للمتصرف اليه الائتمانى حق الملكية الفورى والحال والذى يجنبه مزاحمة باقى الدائنين، وبصفة خاصة أصحاب الدعاوى المباشرة ضد المدين بالدين محل التصرف، كما أنه بالنسبة للحوالة الناقلة لملكية الدين نجد أن المحال له يدفع ثمنا لكى يكتسب ملكية الحق بينما فى التصرف الائتمانى لايوجد ثمن لأنها وسيلة ضمان وليست بيعا.

وقد سمح قانون ديلى فى ٢ يناير ١٩٨١ والذى تم تعديله بقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ بوسيلة وحيدة ومبسطة لجعل الديون المهنية الحاضرة والمستقبلة أداة ائتمان سواء، برهنها رهنا حيازى أو بالتنازل عنها. فى العمل قد تم إستعمال التنازل وحده، بسبب مايحققه من مزايا عديدة (م١/١).

والقانون الجديد قد بين أن التنازل ينقل ملكية الدين المتنازل عنه الى المتنازل له حتى ولو كانت على سبيل الضمان وبدون اشتراط أى ثمن

(1) C.Witz, rapport précité, p. 68 , Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 529, p.171.

(م١/١) وحق الملكية نافذ فى مواجهة جميع الدائنين الآخرين للمدين بالدين المتنازل عنه حتى ولوكانوا دائنين ممتازين.

ووسيلة التنازل هذه تعتبر وسيلة سهلة وفعالة. فالديون المتنازل عنها يتم حصرها فى قائمة تعطى للمتنازل له. وينبغى أن تعين تعيينا ذاتيا(م١). ولكن إذا تم التحقق منها عن طريق بيان مرفق الكمبيوتر، فان القائمة يمكن أن تقتصر على الإشارة الى عددهم والى مبلغهم الاجمالى. والشكلية الوحيدة المتطلبة تتمثل فى أن يذكر بصفة الزامية أنه تصرف على سبيل التنازل عن الديون المهنية أو تصرف على سبيل الرهن للديون المهنية والإشارة الى قانون ٢ يناير ١٩٨١.

هذا التنازل له فعاليته القانونية بين الأطراف كما أنه يعتبر نافذا فى حق الغير اعتبارا من التاريخ المكتوب على القائمة والذى لا يشترط فيه أن يكون ثابتا (م٢ ق ٢٤ يناير ١٩٨٤) وفى حالة المنازعة فان صحة التاريخ يمكن أن تثبت بكافة طرق الاثبات[1].

كما أن إعلان المدين بالدين المتنازل عنه ليس شرطا للاحتجاج. من الناحية العملية يمكن إلا يخطر هذا المدين، وبالتالى يمكن أن يقوم بالوفاء بين أيدى المتنازل، والذى يكون قد تلقى وكالة من المتنازل له لكن الاعلان يسمح بالنسبة للمستقبل تجنب آثار إفلاس المتنازل. ويمكن لمؤسسة الائتمان أن تمنع من الوفاء للمتنازل عن طريق اخطار يتم بكافة الطرق (art. 5 et D.9 sept. 1981 art 2).

أما بالنسبة للقبول من جانب المدين فى الدين المتنازل عنه يمكن أن

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 530, p. 172.

يكون متطلبا ولكنه ينتج آثار ا أكثر قوة من قبول المدين المحال عليه فى حالة حوالة الحق (م٣٠٥ مدنى مصرى ٦٩٠ مدنى فرنسى) فانه يترتب على هذا القبول اثار كالتى تترتب على قبول المسحوب عليه فى الكمبيالة. هذا القبول يعادل الالتزام بالدفع والتنازل عن الدفوع التى كان يستطيع المتنازل عليه أن يدفع بها فى مواجهة المتنازل (م٦)[١].

نجاح التنازل عن الحق عن طريق قائمة ديلى يرجع فى نفس الوقت الى البساطة فى الإجراءات والفعالية. فكما يصبح البنك صاحب للحق منذ لحظة التنازل، وتاريخ القائمة يحتج به فى مواجهة الغير دون استلزام أى شكلية، فإنه لا يتعرض ايضا لمزاحمة صاحب الدعوى المباشرة المرفوعة على المتنازل عليه لأنه لم يعد مدينا للمتنازل وقت مباشرة هذه الدعوى. كما أن هذا التنازل يحتج به على بنك المتنازل الذى تلقى منه أمر بنقل مبلغ معين عن طريق القيد، فقط التنازع بين الدائن صاحب شرط الاحتفاظ بالملكية والذى يمارس حقه على ثمن إعادة البيع الذى حل محل الشىء والمتنازل له بالحق فى هذا الثمن قد حسم لصالح الأول وذلك لأن المتنازل له اكتسب الحق محملا بحق المطالبة به[٢].

وهكذا نجد أن قائمة ديلى فى النطاق المهنى تؤدى الى احتضار الرهن الحيازى التقليدى وتنافس بشدة الخصم[٣].

الخلاصة:

بالرغم مايحققه التنازل الائتمانى عن الدين من مزايا إلا انه يتمخض فى

(1) Pau, 19 déc. 1984, D. 1985, I.R. note Cabrillac.

(2) Dijon, 9 sept. 1987, D. 1988, 44, note appr. F. Zenati; Paris, 3 fév. 1988, D. 1988, I.R. 84, infirmant T. com. Paris, 16 Janv. 1987, D.1988, Som. 65, note appr. F. Derrida, contra. T. Com. Nanterre, 12 déc. 1986, Banque 1987. 198, note appr. J.L. Rives. Lange.

(3) Ph. Malaurie, L. Aynès, Les sûretés, op.cit., 530, p. 173.

النهاية عن حق شخصى فى مواجهة المدين المتنازل عليه ولذلك فان التفرقة بين التنازل الائتمانى والرهن الحيازى لدين تصبح فى الواقع تفرقة مصطنعة فى هذا الصدد بالذات(١). ولكن تبقى تفرقة قائمة بين التنازل عن الحق على سبيل الضمان والخصم.

اما بالنسبة للتصرف الائتمانى الوارد على الأموال المادية فان العمل والفقه لديهم تحفظات كثيرة عليه. ففى مجال العقار نجد أن الرهن الرسمى مازال التأمين العينى الاتفاقى الفعال، وبالتالى فان التصرف الائتمانى لم يستعمل أو استعمل فى شكل بيع وفاء. وذلك بسبب تكلفته الضريبية العالية وما يترتب عليه من تبديد لائتمان المدين اما فى مجال المنقول المادى فان التصرف الائتمانى لم يستعمل ايضا كثيرا. فاذا كان التصرف الائتمانى يفضل الرهن الحيازى(٢) إلا أن هناك الرهن الحيازى بدون نقل الحيازة وكذلك الرهون الرسمية لمنقولات ذات الطبيعة الخاصة.

واذا كان تنفيذ الضمان فى التصرف الائتمانى اسهل، وذلك نتيجة حصول الدائن على حقوقه بطريقة ميسرة إلا أن هذا يبدو مع ذلك وهميا خاصة إذاكان المال محل التصرف مازال بين يدى المدين، وهذا مايحدث غالبا، حيث أنه يستطيع ان يتصرف فى الشىء الى الغير الذى يمكن أن يتمسك بحق ملكيته طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الحائز وخاصة عند عدم توافر وسيلة شهر مناسبة علاوة على المحاذير الأخرى التى تنشأ عن استخدام الملكية كوسيلة للضمان(٣).

---

(١) انظر فى هذا الصدد قانون ٢ يناير ١٩٨١ المسمى بقانون ديلى، والذى ينص على التنازل والرهن الحيازى للحقوق المهنية دون تفرقة بينهما:

M. Vasseur, L'application de la loi Dailly D. 1982 ch. 273

(2) C. Witz, thèse précitée, no. 210 bis et 217 .

(3) Ph. Malaurie. L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 753, p. 235.

الخاتمة

إتضح لنا من خلال العرض السابق أن تطور الصياغة القانونية والوسائل الفنية قد بلغ ذروته خلال ردح من الزمان واستقر عند نقطة الثبات فى نطاق قانون التأمينات. ثم ما لبث أن هبت رياح التطور على أنظمة التأمينات. فوجدنا أن الرهن الرسمى لم يعد يقتصر على العقارات بل إمتد إلى المنقولات ذات الطبيعة الخاصة التى يمكن تعيينها تعيينا ذاتيا، وأن الرهن الحيازى إتسع نطاقه لم يعد يستلزم، فى بعض الحالات، نقلا للحيازة. أما الكفالة فقد زادت الحاجة اليها فى العصر الحديث وقد حاول الدائنون جاهدين التغلب على الصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل بالنص على التضامن سواء بين الكفيل والمدين أو بين الكفلاء أنفسهم فى حالة تعددهم. وبالرغم من ذلك لم يفلح الدائنون فى التغلب على الصفة التبعية لالتزام الكفيل، أو فى الإفلات من الحماية القضائية والتشريعية المستمرة فى بعض الدول، كفرنسا، للكفلاء.

وقد ترتب على جمود الصياغة الفنية لنظم التأمينات، وكذلك التطور الذى لحق بعض الأنظمة المرتبطة بها، كالافلاس، فقد هذه التأمينات لفعاليتها فى تحقيق ضمان أكيد للدائن. ولذلك فان قانون التأمينات وقف عاجزا عن استيعاب موجات التطور المتلاحقة فى مجال الحاجة الماسة الى ضمانات قوية وفعالة. مما أدى الى أن ولى الدائنون وجوهم شطر قانون الالتزامات وقانون الأموال لتوظيف بعض وسائلهم التقليدية أو إبتداع وسائل جديدة لإشباع هذه الحاجة العصرية للضمان. وقد كانت السمة الغالبة لهذه الوسائل البساطة فى إنشائها وكيفية تنفيذها، علاوة على قلة تكلفتها وفعاليتها.

ولذلك قد كان شلغنا الشاغل على مدار هذا البحث هو الابقاء على قانون التأمينات بصيغة الفنية وأحكامه التفصيلية والبحث فى مجال أرحب وأوسع،

وهو مجال الضمانات بمفهومها الاقتصادى، لاستيعاب هذه الوسائل الجديدة.

وعلى لذلك فقد كان الهدف الرئيسى لهذا البحث هو رصد وتصنيف هذه الوسائل للوقوف على مدى ماتحققه من ضمان، وعلى مدى تأثيرها على قانون الالتزامات وقانون الأموال وبالتالى إستخلاص الأحكام المشتركة لكل مجموعة من هذه الوسائل.

وقد إنتهى بنا البحث الى التوصل الى النتائج الآتية:

أولا: ضرورة الأخذ بمفهوم واسع لفكرة الضمانات فى نطاق القانون الخاص، أى الضمانات بمفهومها الاقتصادى. وعلى ذلك يجب إبراز الفرق بين فكرة الضمانات بهذا المفهوم والتأمينات بمفهومها التقليدى. هذه الفروق تكمن فى الطبيعة والمصدر: فمن حيث الطبيعة نجد أن الضمانات لا تعتمد على آلية الأولوية والتتبع فى التأمينات العينية أو الصفة الاحتياطية والتبعية لالتزام الضامن فى التأمينات الشخصية وإنما تعمل هذه الضمانات، بصفة عامة على إلغاء أو تقليل المخاطر التى يتعرض لها الدائن فى إستيفاء حقه أو تعزيز مركزه. أما من حيث المصدر فإننا نجد أن هذه الضمانات تنشأ كأثر لمركز محدد أو لمجموعة من الروابط أو نتيجة لطبيعة هذه الروابط بينما نجد أن التأمينات تضاف إلى رابطة الالتزام ولا تعد بحال من الأحوال أثر لهذه الرابطة، فهى تنشأ دائما عن مصدر مستقل عن مصدر رابطة الالتزام التى تعمل على ضمان الوفاء بها.

ثانيا: أن هناك أنظمة قانونية فى قانون الالتزام تعمل جنبا الى جنب مع نظم التأمينات التقليدية وتعطى للدائن ضمانا قويا بالرغم من بقائه دائنا عاديا• هذا الضمان يتمثل فى مركز متميز يوجد فيه الدائن العادى مصادفه مما يترتب عليه الافلات من مزاحمة باقى الدائنين له، وبالتالى الخروج

على مبدأ المساواة بين الدائنين. وقد رأينا ذلك يتحقق فى الدعوى المباشرة والمقاصة والحق فى الحبس. ولذلك نقترح أن يعدل نص المادة ٢/٢٣٤ مدنى حتى يستقيم مع الواقع والحقيقة وتكون صياغته المقترحة كما يلى ٢- وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم أو التميز طبقا للقانون.

ثالثا: أن الدائن قد لجأ الى توظيف وسائل قانونية تقليدية فى قانون الالتزامات طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية ليحقق لنفسه ايضا ًمركزاً عقدياً متميز خارج نطاق التأمينات. ورأينا أن ذلك يتحقق فى الانابة الناقصة، وحوالة الحق علي سبيل الضمان، والتأمين كوسيلة للضمان. وقد استطاع الدائن عن طريق هذه الوسائل أن يتغلب على عقبة الصفة التبعية التى صادفها بصدد التزام الكفيل فى نطاق الكفالة، وكذلك الافلات من الحماية القضائية المستمرة فى بعض البلدان، كفرنسا، للكفلاء.

أكثر من ذلك قد لجأ الدائنون طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية الى إبتداع وسائل حديثة لتعزيز مركزهم والتقليل من تعرضهم لمخاطر اعسار أو إفلاس لمدين. فقد إستطاع الدائن عن طريق إشتراطات معينة يضمنها عقود الائتمان أن يحقق لنفسه ضمانا سهلا فى إنشائه بسيطا فى تنفيذه قليلا فى تكلفته.

هذه الضمانات ليس المقصود منها تأمين الوفاء بالالتزام مباشرة وإنما الهدف من وراء إشتراطها تعزيز مركز الدائن، بتعزيز التأمين الذى حصل عليه، أو حمايته من تصرفات المدين التى قد تؤدى الى تسوئ مركز المدين المالى، وبالتالى إضعاف حق الضمان العام للدائنين.

ولذلك تسمى هذه الوسائل بالضمانات غير المباشرة. ووسيلة هذه الضمانات هى الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

وقد ذهب الدائن الى أبعد من ذلك بالتجائه الى الضمانات المستقلة ليؤمن نفسه بطريقة قوية ضد إعسار أو إفلاس المدين. هذه الضمانات المستقلة تؤدى الى التزام الضامن بصفة مستقلة، بمعنى أن استحقاقية التزامه لا تتوقف على استحقاقية التزام المدين الأصلى، وإنما يعتبر التزامه مستقلا تماما عن التزام المدين ويتحدد مباشره في علاقة بالدائن، ولذلك فإن هذه الضمانات تفقد صفه التبعية التى نصادفها بصدد التزام الكفيل. وتتمثل هذه الضمانات فى وسيليتين، الضمان بمجرد الطلب، وخطابات النوايا والثقة.

وقد كان هدف البحث فى هذا المجال هو تحديد طبيعة هذه الوسائل وبيان مدى مشروعيتها وأحكامها على ضوء القواعد العامة فى قانون الالتزامات على النحو السابق بيانه تفصيلا.

رابعا: عودة القوانين الحديثة، كما كان الشأن فى القوانين القديمة، الي الحيازه والملكية فى نطاق الضمان، هذا يترجم في الواقع الحاجة العصرية الماسة للضمان ويكشف عن قصور نظم التأمينات فقد لجأ الدائن، فى الوقت الحاضر، فى سبيل بحثه عن ضمان قوى يوقيه خطر إعسار المدين وإفلاسه، إلى توظيف الملكية كوسيلة للضمان. وقد كان وسيلته فى ذلك إما الاحتفاظ الملكية على سبيل الضمان، كشرط الاحتفاظ بالملكية، والإيجار الائتمانى، والبيع الايجارى، والايجار المقترن بوعد بالبيع، وإما بنقل الملكية على سبيل الضمان، كبيع الوفاء، والتصرف الائتمانى.

وفى هذا الصدد قد وجدنا أن الملكية قد خرجت عن وظيفتها الأصلية، كحق عينى أصلى مقصود فى ذاته ولذاته، لما يخوله من إستئثار بالمنافع الاقتصادية للشيء، لتؤدى وظيفة أخرى وهى الضمان. وقد ترتب على ذلك عدم وضوح الأحكام المطبقة فى هذا الصدد. ولذلك نقترح مايلى:

١- ضرورة تنظيم المشروع المصرى لشرط الاحتفاظ بالمكية تنظيما تفصيليا، على غرار القوانين الحديثة، لتحقيق الأهداف الاقتصادية والقانونيه

من وراء اشتراط هذا الشرط. كذلك تنظيم وسائل شهر وعلانية لهذا الشرط لتحقيق الحماية اللازمة للغير .

٢ - ضرورة تنظيم المشرع المصرى لعقد الايجار الائتمانى وكذلك عقد البيع الايجارى وعقد الايجار المقترن بوعد بالبيع تنظيما يراعى فيه الطبيعة الخاصة لهذه العقود وما تحققه من أهداف اقتصادية بالإضافة الى تحقيق الحماية اللازمة للاطراف وللغير.

وعلى ذلك يجب إلغاء الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدنى والتى تنص على سريان أحكام البيع بالأجل او بالتقسيط على عقد اليبع الإيجارى لاختلاف الأهداف الاقتصادية والقانونية لكل من العقدين على النحو السابق بيانه.

٣ - فى النهايه يمكن أن نقرر أن العلة من تقرير بطلان بيع الوفاء غير واضحة[1]. كما أنه لم يترتب على النص على مشروعيته وتنظيمه الاضرار التى توقعها واضعو التقنين المدنى الجديد[2] فى البلدان التى مازالت تأخذ به كفرنسا ولبنان. أما بالنسبة للتصرف الائتمانى فانه يستجيب الى حاجات اقتصادية مشروعه ويخضع لمبدأ الحرية التعاقدية وتطبق المبادى العامة عليه

ويمكن الاستفادة من هذه الوسيلة فى تحقيق الضمان فى نطاق الديون بصفة خاصة حيث أنه قد ثبت جدواها وسهولتها وفعاليتها عن الرهن الحيازى فى هذا المجال على النحو السابق بيانه.

تم بحمد الله وفضله

---

(١) انظر فى اختلاف الرأى حول الغائه السنهورى، الوسيط جـ٤، المجلد الأول، البيع والمقايضة فقرة ٨٦ ص ١٦٤.

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية، ٤ ص ١٧٨، ١٧٩.

قائمة المراجع العربية والأفرنجية

أولا: المراجع العربية

١- المراجع العامة

- أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، الرهن الرسمى ١٩٧٠.
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، أحكام الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٧٠.

  الحقوق العينيه الأصليه، الجزد الأول، طبعه ١٩٦١.
- أنور سلطان، الموجز فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى أحكام الالتزام، منشأة المعارف ١٩٦٤ - ١٩٦٥.
- جلال العدوى، أصول الالتزامات، الجزء الثانى، رابطة الالتزام ١٩٨٧.
- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، طبعة ١٩٨٠.
- حسن كيرة، أصول القانون المدنى، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، طبعة أولى ١٩٦٥.
- شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية ١٩٥٩.
- عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، جزء ٢، الاثبات وآثار الالتزام، ١٩٥٦ دار النشر للجامعات المصرية.

  جزء ٣ الأوصاف والحوالة والانقضاء، ١٩٥٨ نفس الناشر.

  جزء ٤ العقود التى تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة .، ١٩٦٠ نفس الناشر.

– عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات، فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، أحكام الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة ١٩٧٣ .

– على البادرودى، القانون التجارى، الاوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الافلاس، منشأة المعارف ١٩٧٥ .

– مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٨٥ .

– مصطفى كمال طه، القانون التجارى، مقدمة، الاعمال التجارية والتجار، الشركات التجارية، الملكية الصناعية، منشأة المعارف ١٩٨٤ .

– القانون التجارى، الاوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الافلاس، دار المطبوعات، الجامعية ١٩٨٦ .

– نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢ .

٢- المراجع المتخصصة والابحاث:

– أحمد إبراهيم حسن، التصرف الائتمانى أو نقل الملكية على سبيل الضمان فى القانون الرومانى، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٩٠ .

– نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف ١٩٨٥ .

ثانيا: المراجع الاجنبية

1. Ouvrages généraux:

- Ch. Atias, Droit civil, les biens, vol.I. 1980.
- J. Carbonnier, Droit civil, les obligations. P.U.F., 1979.
- Centre de droit de l'entreprise, la clause de réserve de propriété, Paris 1980.
- G. Cornu, Droit civil, introduction, les personnes et les biens, 1e éd 1980.
- J. Ghestin, Traité de Droit civil, les obligations, le contrat, L.G.D.J. 1980.
- Y. Guyon, Droit commercial, (procédures collectives) Hamel, Lagarde, et Jauffret, Droit commercial, t. II. 1966.
- Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les obligations, éd cujas, 1985.

  les sûretés, Droit du crédit, 2e éd. Cujas. 1988.
- G. Marty, P. Raynaud, Droit Civil, t.III., 1e volume, les sûretés, la publicité foncière, Sirey 1971.
- H.L. et J. Mazeaud. Leçons de droit civil, obligations, t II, I vol par Fr. Chabas. 6e éd. 1978. t. III, 2 vol. 6e éd. 1983.
- Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol, t.III.
- Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J. 9e éd. 1981.

II- Thèse et ouvrages spéciaux et cours

- Aline Grenon, Project Financing , Revue, Droit et pratiques - du commerce internationaux, 1980 p. 189

- Ch. Atias, le transfert conventionnel de propriété immobilière, Th. Poitiers, 1974, dacty.

- L. Aynès, la cession de contrat, th. Paris II, Economica 1984.

- Béguin, les procédures spéciales aux affaires, 1973.

- Chantal d'Auvigny - Lambard et François, Risques et garanties de financements internationaux de projets dans les pays en voie de développement, Banque, 1980, 1361.

- M. Cozian, l'action directe, Thèse Dijon L.G.D.J. 1969 préface A. Ponsard.

- J. Derruppé, la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Th. Toulouse 1952, préface J. Maury.

- Chr. Dupeyron, la régularisation des actes nuls, Th - Toulouse, L.G.D.J. 1973, préface P. Hebraud

– C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit de la banque, P.U.F. 1974.

- Ph. Gerbay, Moyens de pression privés et exécution du contrat, th. Dijon 1976.

- Gide, Etude sur la novation et le transport des créances en droit romain, Paris 1878.

- G. Goubeaux, la règle de l'accessoire en droit privé, Th. Nancy, 1969, L.G.D.J. préface D. Tallon.

- Y. Guyon, Droit des affaires, Economica, 1980.

- Hemard, Terré et Mabilat, Sociétés commerciales, t. III, 1978.

- C. Jamin, la notion d'action directe, 1991.

- Y. Loussouarn, le transfert de propriété par l'effet des contrats, Cours doctorat, Paris 1969 - 1970.

- Ph. Malaurie, la Cession de contrat, Cours doctorat, Pairs II, 1975 - 1976.
- J. Mestre, la subrogation personnelle, Th. Aix L.G.D.J. préface P. Kayser.
- J. Nerrete, le sous - contrat, Th. Paris II, L.G.D.J. 1979, préface. Catala.
- F. Perochon, la réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Th. Montpellier, 1987, Bibl. dr. entreprise, t. 21 préface, J.M. Mousseron.
- J.F. Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexécution Th. Paris, II 1971 préface P. Raynaud.
- P. Raynaud, les contrats ayant pour objet une obligation, cours D.E.A., Paris II, 1977.
- G. Ripet, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, 1951.
- J.L. Rives - Lange, M. Contamine - Raynaud, Droit bancaire, 4e éd, 1986.
- P. Roubier, Droit subjectifs et situations juridiques, Dalloz, 1963.
- Sarmet, les financements internationaux de projets en Europe, Banque, 1980.
- Travaux d'association H. capitant, le secret et le droit, Journées libanaises, 1974.
- Travaux d'université de Paris I, Les cartes de paiements, Economica 1980.
- R. Savatier, les contrats de conseil professionnel en droit privé, 1972.

- J M. Verdier. Les droits éventuels. contribution à l'étude de la formation successive des droits. th. Paris. 1955.

- Cl. Witz. la fiducie en droit privé français. Th. Strasbourg. préface D. Schmidt. Economica. 1980.

III- Articles, Rapports

- Acquaviva et Barat. la clause de réserve de propriété en droit des affaires. l'actualité fiduciaire oct. 1980.

- L. Aynès, les garanties, du financement, Rapport de synthèse présenté au 82e congrès des notaires, 1980, Defrénois 1986.

- M. Bellis et Y. Poullet, Emergence de la sûretés. personnelles non accessoires, in les garanties bancaires dans les contrats internationaux, colloque de Tours des 19 et 20 jun 1980 ed Monituer 1981.

- J.P. Bertel, Les lettres d'intention, Banque, 1986.

- E.M. Bey, la propriété, le crédit envisagé comme une sûreté, in l'évolution du droit des sûretés, Rev. Jur. com. févr. 1982.

- M. Cabrillac, les accessoires de la créance, Mélange Weill, 1983.

- N. Catala, Franjou, De la nature juridique du droit de rétention, Rev. trim. dr. civ. 1967.

- Y. Chaput, les sûretés négatives, Ann. Univ. Clermont Ferrand, 1974.

- Dagot, une colosse aux pieds d'argil, la législation sur les procédures - collectives de liquidation, J.C.P. 1973 I. 2538.

- Ph. Delebecque. les sûretés dans les nouvelles procédures collectives. J.C.P.N. 1986. I. 185.
- Les gananties du crédit au consommateur, in ouvrage - collectif, le droit du crédit consommateur LITEC, 1982.
- F. Derrida, P. Gode et J.P. sortas, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, 2e éd.
  - la loi du 25 Janvier 1985. II, les effets du jugement de redressement Judiciaire à l'égard de l'entreprise, Def. 1985, 33627, 1329.
- F. Derrida, Encycl. Dalloz, V. Droit de rétention.
- Duguet. rapport in conférence générale des présidents et membres des tribunaux de commerce, Gaz Pal. 14 Juin 1980.
- J. Derruppé, de la fiducie au crédit bail, Et. Ellul, P.U.F. 1983, 449-
- G. Durry, Hypothèque et assurance, Rev. de juris. com. numéro spécial l'évolution du droit des sûretés, févr. 1982.
- Fargeaud, le fichier au casier commercial, Rev. trim. dr. com. 1965.
- Garcin et Thieffry, la clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en france ou le sera- t-elle bien tôt? Gaz Pal 1980. I. 193.
- C. Gavalda. les aspects bancaires de la clause de réserve de propriété in actualité de droit de l'entreprise. t. 12. 1982.
- J. Ghestin. La clause de propriété. Rapport de droit civil, in actualité de droit de l'entreprise, t. 12 1982.
  - Rapport de synthèse . ibid.

- A. Ghozi, Nautre Juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, D. 1980, chr. 317.
- Y. Guyon, le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur, considéré comme sûreté, Rev. de juris, comm. Févr. 1982.
- J.B. Heinrich, la vente à réméré d'obligation, J.C.P.N. 1985.I. 275.
- Juan Antonis cremades, rapport espagnol, in colloque de Tours 1980 éd Moniteur 1981.
- Mme Juan, conseils pour la rédaction d'une clause de réserve de propriété, D.1981, chr.1
- P. Kayser, Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, Mélanges Marty, Toulouse 1978.
- P. Lancereau, les contrats de loaction - vente et de location assortis d'une promesse de vente, et la loi du 13 juillet 1979, Rev. dr. immob. 1980.
- Ch. Larroumet, la fiducie inspirée du trust, D. 1990, Chr. 119.
- J. Ph. Lévy. coup d'œil historique sur les sûretés réelles, Rev. d'historie du droit 1987.
- L. Martin, Sûretés traquées, Crédit détraqué, Banque, 1975, 1138.
- J. Mestre, la pluralité d'obligé accessoire, Rev. trim dr. civ. 1981.
- C. Mouly, Procédures collectives assainir le régime des sûretés, Etudes. Roblat, L.G.D.j. 1984.
- Ibrahim Najjar, L'autonomie de la lettre de confort D. 1989, Chr. 219.
- B. Oppetit, l'engagement d'honneur, D. 1979, chr. 107.

- M. Pédamon, la réserve de propriété en droit. Allemand et en droit français, in rev. jur. com. numéro spécial fév. 1982.

- Du Pontavic, intérêt et limites de la clause de réserve de propriété dépuis la loi du 12 mai 1980, Banque, nov. 1980.

- Y. Poullet, les incertitudes recente relative à la valeur juridique de l'assurance - caution, Bull. Ass 1979. 5

- Saint - Alary, le secret des affaires en droit français, Travaux d'ass. H. Capitant, 1974.

- D. Schmidt, et Ph. Gramling, la loi du 2 Janv. 1981, facilitant le crédit aux entreprises, D. 1981, Chr. 217..226.

- D. Schmidt, la loit Dailly et le crédit aux entreprises, Gaz. Pal. 19 fév. 1984≥

– Ségur, le rôle du train de vie dans l'application du droit civil, J.C.p. 1961. I. 1783.

- J. Stoufflet, vente avec réserve de propriété, utilisation de la réserve de propriété pour la garantie d'un crédit acheteur, in actualité de droit de l'entreprise, t. 12, 1982.

- R. Tendler, l'antichrèse, mythe ou réalité? D. 1989, chr. 143.

- J. Terray, la lettre de confort, Banque 1980, 329.

- M. Vasseur, les garanties indirectes du Banquier, rapport présenté au colloque de Deauville, sur l'évolutin des sûretés, Rev. jur. com. numéro spécial, févr. 1982.

  - Rapport de synthèse in colloque de Tours, 1980 éd. Moniteur 1981.

- le crédit ménacé, Brèves réflexıons sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté, J.C.P. 1985, I. 320.1
- L'application de la loi Dailly, Escompte, cession de créance en propriété ou à titre de garantie ou bien 'une ou l'autre suivant le cas, D. 1982, Chr. 227.
- S. Velu, les garanties à première demande en droit belge, rapport belge, in colloque de Tours 1980 d Moniteur 1981.
- A. Villerey, les garanties bancaires en droit français in Colleque de Tours 1980 éd Moniteur 1981.
- M. de Vita, la jurisiprudece en matière du lettre d'intention, Gaz. Pal. 23,24 oct. 1987, Doct. 5.
- D. Von Breitenstein, la clause de réserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue, Rev. trim - dr. com. 1980. 43.
- Cl .Witz, la fiducie, Sûrété en droit français,in l'évolution du droit des sûretés, Colloque Deauville, Rev. Jur. Com. 1982.
- La fiducie en droit privé francais. thèse strasbourg, préface D. Schmidt, Economica, 1981.

فهرس

الباب الثاني
فكرة الضمانات غير المسماة في نطاق قانون الأموال





رقم الإيداع	٢٠٠٥/٢٠١٧٢
الترقيم الدولى	I.S.B.N
977-398-216-3	